Anfechtung und Schadenersatz
beim Vorhandensein von Nebenmängeln eines der im § 481 B. G. B. bezeichneten Tiere.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Bruno Jung

Referendar am Königl. Landgericht zu Essen.

ACAD. LIBR. HAL. KIEL.

Approbiert am 25. Oktober 1909.

Essen-R.

Buchdruckerei Otto Petersen

1910.

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0041

Literaturverzeichnis.

Backhausen, Der Tatbestand des arglistigen Verschweigens in den §§ 459—493 im Verhältnis zu dem der arglistigen Täuschung des § 123 des Bürgerl. Gesetzb. Dissert. Rostock 1903.

Baum, Irrtum und Gewährleistung, in der Deutschen Juristenzeitung. 7. Jrgg. 1902. Seite 144.

Beer, Arglistiges Verschweigen, in der Deutschen Juristenzeitung. 9. Jrgg. 1904. Seite 88 fg.

Betzinger, Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen (§ 459 fg.), der Anfechtung wegen Irrtums (§ 119) und der Kondiktion: Das Recht. 7. Jrgg. 1903. S. 276.

v. Blume, Das Verhältnis des Anfechtungsrechtes zum Wandelungsrecht beim Kauf- und beim Mietvertrag: Das Recht. 11. Jrgg. 1907. S. 351 fg.

Breucha, Über die Zulässigkeit der Anfechtung gemäss § 119 B.G.B. beim Vorhandensein von Mängeln an gekauften Haustieren der im § 481 B.G.B. erwähnten Arten: Zum Begriff der wesentlichen Eigenschaft. Im Jahrbuch für Württemberg. Rechtspflege. Bd. 15, Heft II. S. 253 fg.

Corpus iuris civilis, (Mommsensche Ausgabe.) Berlin 1905.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerl. Gesetzb. 3. Aufl. Jena 1900/1901.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechtes. Tübingen 1900 bis 1902.

Danz, Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem Bürgerl. Gesetzb. in Iherings-Jahrbuch. Bd. 46 S. 381.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzb. 1896.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Bd. II 3. Aufl. 1905/1906.

Dieckerhoff, Gerichtliche Tierarzneikunde. 3. Aufl. Berlin 1902.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzb. (fortgesetzt von Leonhard) 1. und 2. Aufl. Bd. I Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 19, 48, 56, 58, 59, 61, 63.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes. Bd. I 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerl. Recht. Bd. I 2. Aufl. 1901.

Friedberger und Fröhner, Lehrbuch der speziellen Pathologie und Therapie der Haustiere. II. Bd. 1904.

Fürth, Über das Verhältnis des Wandlungsanspruches beim Kaufe zu der Anfechtung wegen Irrtums und Betruges nach dem Bürgerl. Gesetzb. für das deutsche Reich. Dissertation-Leipzig 1907.

Gmelin, Zur Rechtsprechung über die „wesentlichen Eigenschaften" im Sinne des § 119 II. B.G.B. Das Recht. 11. Jrgg. 1907.

Haußmann, Der Irrtum im alten und neuen Recht. Stuttgart 1907.

Hirsch und Nagel, Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem Bürgerl. Gesetzb. 1902.

Hirsch, Über Anfechtbarkeit eines Viehkaufes wegen Irrtums auf Grund heimlicher Mängel im Jahrbuch für württembergische Rechtspflege Bd. 16 Heft I. S. 135 fg. Tübingen 1904.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerl. Gesetzb. München 1900.

Kretzschmar, Die Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung. Dissertation Rostock 1902.

Krückmann, Anfechtung, Wandlung und Schadensersatz beim Viehkauf. Neudamm 1904.

Krückmann, Wandelung und Anfechtung bei dem Kaufe, im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 98 S. 420 fg.

Krückmann, Die Alternative zwischen Gewährschaft und Anfechtung, im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 101 S. 393 fg.

Leist, Die Einschränkung der Irrtums- und Täuschungsanfechtung in der Praxis, im Archiv f. d. civil. Praxis. Bd. 102 Seite 215—281.

Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, in Iherings-Jahrbuch. Bd. 44 S. 1 fg.

Lenel, Zum Begriff der unerlaubten Handlung im Bürgerl. Gesetzb., in der Deutschen Juristenzeitung. 2. Jrgg. 1897.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzb. Berlin 1900.

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus den unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerl. Gesetzb. 1898.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerl. Gesetzb. 1898.

Meisner, Die Vorschriften des Bürgerl. Gesetzb. über die Viehgewährschaft. München 1904.

Meisner, Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906. 2. Jrgg. Nr. 24 S. 469 fg.

Meyer, Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften einer Sache. Das Recht. 9. Jrgg. 1905 S. 674 fg.

Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Kaufe oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung

zum Schadensersatz nach Vertragsrecht. Das Recht 6. Jrgg. 1902 S. 541 fg. 576 fg.

Muskat, Über Ecks Irrtumslehre: Ein Beitrag zur Auslegung des § 119 des Bürgerl. Gesetzb. in Gruchot's Beitr. Bd. 42 Seite 769 fg.

Neumann, Gewährleistung beim Viehkauf. In der deutschen Juristenzeitung 8. Jrgg. 1903 S. 52.

Neumann, Rich. Das Anfechtungsrecht und der Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung nach dem Bürgerl. Gesetzb. Dissertation Freiburg 1902.

Örtmann, Allgemeiner Teil des B.G.B. Berlin 1908 2. Aufl.

Örtmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906 2. Aufl.

Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzb. Berlin 1903/1904 3. Aufl. Bd. II 1907.

Rehbein, Das Bürgerl. Gesetzb. mit Erläuterungen Bd. I Berlin 1899.

Reuer, Das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen Sachmängel zu der Anfechtung des Kaufes wegen arglistiger Täuschung nach dem Rechte des B.G.B. Dissert. Erlangen 1907.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Bd. III 1840.

Schefold, Verkehrswesentliche und gebrauchserhebliche Eigenschaften einer Sache und der Irrtum des § 119 und die §§ 459 fg. B.G.B. in Jahrbuch für Württ. Rechtspfl. Bd. 17 1905 Seite 126 fg.

Schiedges, Zum arglistigen Verschweigen des Verkäufers. Dissertation Bonn 1902.

Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und Sache nach dem Bürgerl. Gesetzb. In Fischers Abhandl. Bd. 9. Jena 1903.

Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels. München 1900.

Schneider, Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandelung, im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 97 S. 142 fg.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzb. 6/7 Aufl. Bd. II. Berlin 1900.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzb. Bd. I. Allgemeiner Teil 3/4 Aufl. 1907; Bd. II, Das Recht der Schuldverhältnisse Teil I und II 3/4 Aufl. 1908.

Stölzle, Viehkauf. Berlin 1904.

Stölzle, Aus der Praxis des Viehgewährschaftsrechtes nach dem Bürgerl. Gesetzb. in der Juristischen Wochenschrift. 30. Bd. 1905 S. 736 fg.

Stölzle, Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels, in der Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern. 2. Jrgg. 1906 H. 22 S. 437.

Süßheim, Rechtsfolgen arglistigen Verschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete, in Seuff Arch. Bd. 66 S. 205.

Tielker, Die Gewährleistung beim Viehhandel. Dissert.-Bonn.

Weiß, Kann der zum Vertragsschlusse durch die arglistige Täuschung Bestimmte nur das sogen. negative Interesse, oder auch das sogen. Erfüllungsinteresse fordern? Dissertation-Erlangen 1906.

Weyl, Das Verschulden und die verwandten Begriffe im Bürgerl. Gesetzb., im Archiv für Bürgerl. Recht. Bd. 14 S. 79 fg.

Werner, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechtes. Das Recht 1902 6. Jrgg. S. 476.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1897/1899.

Vorwort.

Die für den Geschäftsverkehr und die Landwirtschaft äußerst wichtige Frage, ob der Käufer eines der im § 481 B. G. B. näher bezeichneten Tieres beim Vorhandensein von Nebenmängeln die für ihn hierdurch entstehenden Folgen ganz oder teilweise beseitigen könne, hat seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches vielfach die Literatur und Rechtsprechung beschäftigt und hier wie dort eine verschiedene Beantwortung gefunden. Der im § 482 B. G. B. enthaltene Ausschluß der kaufrechtlichen Haftung für Nebenmängel hat die besonders auch in Laienkreisen — so z. B. bei Landwirten und Tierärzten — vertretene Ansicht gezeitigt, daß hiermit jegliche Ansprüche des Käufers auch auf Grund anderer Rechtsbehelfe des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgeschieden sein sollen. Zweck dieser Arbeit soll sein, diesen Anschauungen entgegenzutreten und zusammenhängend darzulegen, auf Grund welcher Rechtsbehelfe und unter welchen Voraussetzungen der Käufer beim Vorhandensein von Nebenmängeln beim Viehkauf eventuell Ansprüche geltend machen kann unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften über die Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung und der Bestimmungen über den Schadensersatz bei unerlaubter Handlung.

§ 1

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt in den §§ 481—492 besondere Bestimmungen für die Gewährleistung beim Verkauf von Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren, von Rindvieh, Schafen und Schweinen. Diese Vorschriften verhalten sich zu denen der §§ 459 fg. B.G.B. wie lex specialis zu lex generalis. Die Folge davon ist, daß gegebenenfalls zunächst die Bestimmungen der §§ 481 fg. Platz greifen, daneben aber auch ergänzend die der §§ 459 fg. in Betracht kommen. Die besonderen Vorschriften finden indessen nur bezüglich der obengenannten Tiergattungen Anwendung. Es sind dieses diejenigen, die in besonderer Weise für den Geschäftsverkehr und die Landwirtschaft von Bedeutung sind. Für andere Tiergattungen wie Hunde, Katzen, Geflügel usw. gelten dagegen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 459 fg. B.G.B.

Die besonderen Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch gibt, bestehen darin, daß der Verkäufer nur bestimmte Fehler, sogenannte Hauptmängel, und diese nur dann zu vertreten hat, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen, sogenannter Gewährfristen, zeigen. Gemäß § 482 Abs. 2 B.G.B. werden die Hauptmängel und Gewährfristen durch eine mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassende Kaiserliche Verordnung bestimmt. Ferner hat das Bürgerliche Gesetzbuch dem jeweiligen Stande der Wissenschaft dadurch Rechnung getragen, daß es festsetzte, die Bestimmung der Hauptmängel und Gewährfristen könne auf demselben Wege d. h. durch eine mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassende Kaiserliche Verordnung ergänzt und abgeändert werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich in seinen Vorschriften über die Gewährleistung beim Viehkauf dem sogenannten deutschrechtlichen Systeme angeschlossen. Maßgebend war hierbei für die Redaktoren einmal der Umstand, daß dieses System schon vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in einem großen Teile Deutschlands, so in Bayern, Württemberg, Baden usw. durchgeführt war. Zudem war nach Ansicht der Redaktoren den Interessen der Vertragsparteien und der glatten Regelung des Geschäftsverkehres mehr mit einem zwar beschränkten, aber leicht durchführbaren Gewährschaftsrechte gedient als mit einer ausgedehnten Haftung des Verkäufers, wie sie das römischrechtliche System bot. Dieses hatte ebenfalls vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in einigen deutschen Staaten Geltung und machte bezüglich der Gewährleistung keinen Unterschied zwischen Haupt- und Nebenmängeln, indem es für alle Mängel die allgemeinen Vorschriften über die Gewährleistung zur Anwendung brachte. Der Hauptvorzug des deutschrechtlichen Systemes besteht daher darin, daß es die Rechtssicherheit erhöht und der Abschneidung lästiger und langwieriger Prozesse dient. [1]) Dem Käufer ist der Beweis, daß ein Hauptmangel vorliege, durch die Vermutung des § 484 B.G.B. besonders erleichtert. Leidet das Tier an einem derartigen Mangel, so braucht der Käufer nur den Beweis zu erbringen, daß er sich innerhalb der Gewährfrist gezeigt hat, und es steht ihm dann die Vermutung zur Seite, daß der Mangel schon zu der Zeit vorhanden war, zu welcher die Gefahr auf den Käufer überging. Aber auch für den Verkäufer sind die Bestimmungen über den Viehkauf vorteilhaft. Er weiß von vorneherein, daß seine kaufrechtliche Haftung auf die in der Kaiserlichen Verordnung vom 27. März 1899 bestimmten Hauptmängel

[1]) Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1896. S. 69.

beschränkt ist und daß er etwaige lästige und langwierige Prozesse nicht zu erwarten hat.

Indessen lassen sich neben den Vorzügen der Regelung, die das Viehgewährschaftsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch empfangen hat, auch gewisse Nachteile nicht verkennen. So hat besonders der vollständige Ausschluß der Haftung für Nebenmängel die Vorschriften oft als recht hart erscheinen lassen. Freilich steht es gemäß § 492 B.G.B. dem Käufer frei, von dem Verkäufer die Übernahme der Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers oder die Zusicherung einer Eigenschaft des Tieres zu erlangen und hierdurch eine der kaufrechtlichen Gewährleistung analoge Haftung herbeizuführen. Die Parteien können sogar durch ausdrückliche, vertragliche Abrede die Haftung auf alle nach § 459 B.G.B. erheblichen Fehler ausdehnen.[1]) Aber es ist nicht zu verkennen, daß der Verkäufer auf eine derartige allgemeine Haftung wohl kaum eingehen, vielmehr sich höchstens zu einer auf den einen oder anderen Fehler beschränkten Haftung herbeilassen wird; denn er würde töricht handeln, wollte er die ihm durch das Gesetz gewährte Sicherheit, daß er nur für die besonderen Hauptmängel kaufrechtlich haftbar gemacht werden könne, durch ein allgemeines, ausdrückliches Versprechen, für alle Fehler haften zu wollen, preisgeben. Hat sich aber der Käufer nicht ein allgemeines oder auf bestimmte Nebenmängel beschränktes Haftungsversprechen geben lassen, so läuft er Gefahr, daß ihm eventuell recht großer Schaden entsteht. Man denke z. B. an den Fall, es treten neue, der Wissenschaft bisher unbekannte Krankheiten auf, die in der Kaiserlichen Verordnung noch keine Beachtung gefunden haben. Diese Krankheiten können derart tückisch

---

[1]) Vergl. hierzu Örtmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse zu § 492 S. 415 fg.; Planck, Kommentar z. Bürgerl. Gesetzb. Bd. II, S. 402 zu § 492; v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzb. Bd. II [1], S. 588 zu § 492.

sein, daß das Tier nach kurzer Zeit zu Grunde geht, oder doch wenigstens weder als Nutz- noch als Schlachttier irgend welchen Wert hat. Auch brauchen solche Krankheiten nicht unbedingt sofort erkenntlich hervortreten; es ist möglich, daß sie sich erst nach einem längeren, inneren Entwickelungsprozeß bemerkbar machen. Gewiß könnten dann diese Krankheiten gemäss § 482 Abs. II B.G.B. durch Ergänzung der Kaiserlichen Verordnung zum Hauptmangel erhoben werden. Bis eine solche Ergänzung zustande käme, würde schon mancher schweren Schaden erlitten haben. Für diesen würde ihm der Verkäufer in keiner Weise haften, da ja der Ergänzung keine rückwirkende Kraft zukäme. [1])

Ferner gibt es aber auch solche Krankheiten bei Tieren, die nur wegen ihres seltenen Auftretens in der Kaiserlichen Verordnung vom 27. März 1899 keine Beachtung gefunden haben. Dieses hat z. B. von Tuberkulose bei Pferden zu gelten. Diese Krankheit tritt bei den genannten Tieren äußerst selten auf [2]), nimmt aber dann genau denselben Verlauf wie bei Rindvieh und Schweinen, bei denen sie in der Kaiserlichen Verordnung Berücksichtigung gefunden hat, d. h. das Tier geht nach Kurzem oder Langem zu Grunde. Wenn man bedenkt, daß ein Pferd für manchen Landwirt ein kleines Vermögen bedeutet, so wird man die Härte empfinden, daß für Tuberkulose bei Pferden nicht gehaftet wird. Kommt die Seuche auch augenblicklich selten vor, so kann sie sich doch leicht einmal epidemisch gestalten. Hier ist denn aber eine kaufrechtliche Haftung ausgeschlossen. Auch sonst können

---

[1]) Vergl. auch Tielker, Dissertation, Leipzig, die Gewährleistung beim Viehhandel. Seite 88, 89.

[2]) Vergl. hierzu Friedberger und Fröhner, Lehrbuch der speziellen Pathologie und Therapie der Haustiere. Bd. II 1904, S. 365 und die dort verzeichnete Statistik. So starben in der gesamten preußischen Armee in den Jahren 1894—1898 zusammen 10 Pferde an Tuberkulose. In den Schlachthöfen Preußens wurden in den Jahren 1899 und 1900 je 0,1 % der geschlachteten Pferde als tuberkulos befunden.

einem Tiere alle erdenklichen Nebenmängel anhaften, bezüglich derer es in vielen Fällen für den Käufer unmöglich ist, sie sofort beim Abschlusse des Vertrages festzustellen. Nicht selten wird auch der Verkäufer List und Kunstgriffe anwenden, um dem Käufer Mängel des Tieres zu verbergen. Wenn man nun bedenkt, wie verhängnisvoll diese Umstände für den Käufer, besonders wenn dieser ein kleiner, unerfahrener Landwirt ist, oft werden können, so drängt sich unwillkürlich die Frage auf, ob es denn nicht Mittel und Wege gibt, unter gewissen Voraussetzungen aus anderen Rechtsbehelfen des Bürgerlichen Gesetzbuches die für den Käufer mißlichen Folgen des Vertrages, wenn auch nicht gänzlich zu beseitigen, so doch wenigstens abzuschwächen. Insbesondere erhebt sich die Frage: Ist durch das Viehgewährschaftsrecht absolut jede Haftung für andere als Hauptmängel ausgeschlossen oder kann der Käufer beim Vorhandensein von Nebenmängeln eventuell gemäß § 119 Abs. II und § 123 B.G.B. den Kauf anfechten oder auf Grund der Bestimmungen über die unerlaubte Handlung Schadensersatz verlangen.

Es soll nun im Folgenden versucht werden, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen. Hierbei sollen die Erörterungen auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Parteien nicht gemäss § 492 B.G.B. eine dem Viehgewährschaftsrecht analoge Haftung des Verkäufers herbeigeführt haben.

§ 2.

Kann ein Kauf wegen Irrtums über einen Nebenmangel gemäß § 119 Abs. II B.G.B. angefochten werden?

I. Allgemeines.

Seit dem Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuches herrscht in der Literatur lebhafter Streit, ob ein Vertrag beim Vorhandensein eines Nebenmangels wegen Irrtums

gemäß § 119 Abs. II B.G.B. angefochten werden könne. Während auf der einen Seite von einigen Schriftstellern, unter ihnen besonders Krückmann[1]) dem Käufer unter den gegebenen Voraussetzungen beim Vorhandensein von Nebenmängeln eine Irrtumsanfechtung gewährt wird, versagen andere,[2]) ihm diesen Rechtsbehelf.

Für unsere Betrachtungen ist naturgemäß nur der § 119 Abs. II B.G.B. von Bedeutung. Es ist nur zu erwägen, ob der Kauf wegen Irrtums über die Eigenschaft einer Sache, die im Verkehre als wesentlich gilt, angefochten werden kann. Dagegen ist es allgemein unbestritten, daß derjenige, der bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte, unter den gegebenen Voraussetzungen anfechten kann.

Besonders Stölzle und die von Krückmann eingangs seines Buches angeführte Entscheidung des Amtsgerichtes A. vom 3. Dezember 1901 vertreten die Ansicht, daß eine Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. beim Vorhandensein von Nebenmängeln nicht möglich sei, da es sich bei den Bestimmungen der §§ 481 B.G.B. fg. um Spezialvorschriften gegenüber dem § 119 II B.G.B. handele. Da aber durch diese die Haftung auf Hauptmängel beschränkt sei, so sei damit jegliche Haftung für Nebenmängel, insbesondere eine Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. ausgeschlossen. Würde diese gestattet, so würden hierdurch die Vorschriften über die Viehgewährschaft umgangen werden.

---

[1]) Krückmann: Anfechtung, Wandelung und Schadenersatz beim Viehkauf.

[2]) Vergl. Stölzle, Viehkauf Seite 42 fg. Vergl. auch seine Ausführungen in der Juristischen Wochenschrift XXX. Jg. S. 736 fg., vor allem das dort unter IV b Gesagte; Schneider Rechtsregeln des Viehkaufes S. 73 fg.; Meisner: Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Viehgewährschaft S. 10; Breucha im Jahrbuch für württembergische Rechtspflege Bd. 15 Heft II. Seite 253 fg. und Hirsch, ebendaselbst Bd. 16 Heft I. S. 135 fg.

Hiergegen möchte ich folgende Sätze an die Spitze meiner ferneren Erwägungen stellen:

1. In dem Viehgewährschaftsrecht ist gegenüber dem Anfechtungsrechte wegen Irrtums keine Spezialbestimmung geschaffen, vielmehr handelt es sich bei Viehgewährschaft und Irrtumsanfechtung um zwei ganz verschiedene Tatbestände.
2. Da das Anfechtungsrecht wegen Irrtums von dem Viehgewährschaftsrecht unabhängig ist, so ist unter den gegebenen Voraussetzungen auch beim Vorhandensein eines Nebenmangels eine Anfechtung gemäss § 119 II B.G.B. gegeben und es besteht somit die Möglichkeit, die Nichtigkeit des Kaufgeschäftes herbeizuführen.

II. Das Verhältnis des § 119 Abs. II B.G.B. zu den Vorschriften über die Viehgewährschaft.

Gegen die Auffassung, daß durch das Viehgewährschaftsrecht die Vorschriften über die Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. ausgeschlossen werden, spricht zunächst schon ganz allgemein der Umstand, daß das Gesetz selbst hiervon nichts sagt. Der § 481 B.G.B. bestimmt nur bezüglich der Vorschriften der §§ 459 bis 467 und 469 bis 480 B.G.B und zwar hier ausdrücklich, daß sie beim Verkaufe bestimmter Tiergattungen nur soweit gelten sollen, als sich nicht aus dem Viehgewährschaftsrecht ein anderes ergibt. Also nur bezüglich dieser Bestimmungen hat das Gesetz in den §§ 481 fg. B.G.B. Spezialvorschriften begründet. Dagegen sagt es bezüglich der Bestimmungen über die Irrtumsanfechtung nicht, daß diese durch das Viehgewährschaftsrecht ausgeschlossen sein sollen. Sicherlich würden die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches hierüber Vorschriften getroffen haben, falls dieses in ihrem Willen gelegen hätte; denn der § 119 B.G.B. ist kraft seiner Stellung im ersten Teile des Gesetzbuches so all-

gemein, daß es schon einer besonderen Ausschließung bedurft hätte, falls seine Bestimmungen für ein gewisses Rechtsgebiet nicht gelten sollten.[1]) Ferner läßt sich der Ausschluß der Anfechtung wegen Irrtums über Nebenmängel auch nicht aus einer absoluten Fassung des § 482 B.G.B. herleiten, wenn es dort heißt: „Der Verkäufer hat nur bestimmte Fehler (Hauptmängel) zu vertreten."[2]) Diese Worte bedeuten nur, daß nach Viehgewährschaftsrecht die Haftung für Nebenmängel ausgeschlossen sein soll, und daß die besonders durch die §§ 481 fg. B.G.B. für den Viehprozeß geschaffenen erleichterten Formen nur für die bestimmten Fehler, die Hauptmängel, gelten sollen.

Bei den beiden Rechtsbehelfen handelt es sich aber auch um zwei ganz verschiedene Tatbestände.[3]) Bei der Wandelung haben wir einen durchaus gültigen Vertrag, der auch dadurch nicht nichtig wird, daß die Parteien sich auf Grund der Wandelung das gegenseitig Empfangene zurückgewähren müssen. Die Pflicht zur Rückgewährung ist eine aus dem Vertrage als solchem entspringende. Anders bei der Irrtumsanfechtung. Hier krankt der Vertrag schon von vorneherein an einem schweren, inneren Mangel. Es bedarf nur der einseitigen Erklärung der anfechtungsberechtigten Partei, um den Vertrag vollständig und von Anfang an nichtig zu machen. Die Verpflichtung der

---

[1]) Vergl. auch Gmelin: Die Rechtsprechung über die wesentlichen Eigenschaften im Sinne des § 119 II B.G.B. im „Recht" 1907 S. 751: „Ein Verhältnis der Exklusivität kann nur aus zwingenden Gründen und in der Regel nur dann als vom Gesetzgeber gewollt angesehen werden, wenn dieses im Gesetze ausdrücklich gesagt ist.

[2]) Vergl. Krückmann, Anfechtung Seite 8.

[3]) Anderer Ansicht: Schneider: Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandelung, im Archiv für die civil. Praxis Bd. 97 S. 142 fg.: Die Ausführungen Schneiders beziehen sich auf das ganze Gewährschaftsrecht. Er behauptet, daß es sich bei Wandelung und Anfechtung gem. § 119 II um einen in der Hauptsache gleichen Tatbestand handele, der bei beiden zum fast gleichen wirtschaftlichen Resultat führe. Gegen ihn besonders Krückmann: Wandelung und Anfechtung bei dem Kaufe, im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 98 S. 420 fg.

Parteien, sich das bereits auf Grund des ursprünglichen Vertrages Empfangene zurückzugewähren, entspringt nicht aus dem Vertrage; denn dieser ist ja von Anfang an nichtig. Sie läßt sich nur durchführen auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäß § 812 B.G.B. Wir sehen also, wie auf der einen Seite der Vertrag durch die Irrtumsanfechtung vollständig und von Anfang an nichtig wird, während auf der anderen Seite die Wandelung nur eine Rückgängigmachung des Vertrages mit einer sich aus diesem ergebenden Rückgabepflicht des beiderseits Empfangenen bewirkt.[1])

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Gewährschaftsrecht und der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. besteht in der Verschiedenheit der Verjährungsfristen. Das Gewährleistungsrecht beim Viehkauf verjährt in sechs Wochen vom Ablaufe der Gewährfrist ab gerechnet. Dagegen ist gemäß § 121 II B.G.B. die Anfechtung wegen Irrtums erst ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verstrichen sind, allerdings mit der Maßgabe, daß der Anfechtungsberechtigte bei Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde gemäß § 121 II B.G.B. unverzüglich anfechten muß. Andererseits braucht im Viehgewährschaftsrechte die Anzeige nicht unverzüglich bei Aufdeckung des Mangels zu erfolgen, es genügt, wenn sie wenigstens zwei Tage nach Ablaufe der Gewährfrist gemacht wird.

Ferner muß bei der Anfechtung wegen Irrtums nachgewiesen werden daß sich der Käufer bei Abgabe seiner Willenserklärung irrte, der Mangel also schon zu dieser Zeit vorhanden war, während bei der Gewährleistung beim Viehkauf nur notwendig ist, daß sich der Mangel innerhalb der Gewährfrist zeigt, weil dann die Vermutung

---

[1]) Vergl. hierzu auch Baum: Irrtum und Gewährleistung, in der deutschen Juristenzeitung 7. Jrgg. 1902 S. 144; ihm beistimmend Krückmann, Anfechtung Seite 13.

dafür spricht, daß der Fehler auch schon zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden war.

Am deutlichsten zeigt sich aber der Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen, wenn man die Folgen der Wandelung und Irrtumsanfechtung betrachtet. Wandelt der Käufer, so ist die Folge, daß er sein Geld zurückerhält. Ja, er kann sogar, wenn das Nichtvorhandensein des Fehlers ihm zugesichert worden war, Schadensersatz verlangen und hat ferner gemäß § 488 B.G.B. gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz der für die Fütterung und Pflege, die tierärztliche Untersuchung und Behandlung und die notwendig gewordene Tötung und Wegschaffung des Tieres aufgewendeten Kosten. Der Käufer ist also in keinem Falle der Geschädigte. Ganz anders verhält es sich bei der Anfechtung wegen Irrtums. Hier ist zwar die Folge der Anfechtung die Nichtigkeit des Vertrages und die Folge der Nichtigkeit desselben der Anspruch auf Rückgabe des bereits Geleisteten aus der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 812 B.G.B. Dem Käufer ist also geholfen, indem er von dem ihm lästigen Vertrag befreit ist. Aber der Käufer ist, falls er anficht, verpflichtet, dem Verkäufer das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, d. h. ihm Ersatz für allen Schaden zu gewähren, den er dadurch hatte, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute (§ 122 B.G.B.) Diese Schadensersatzpflicht trifft ihn allerdings gemäß § 122 Abs. II B.G.B. nicht, wenn er nachweist, daß der Verkäufer den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Also in beiden Fällen hat der Käufer ein Interesse an der Auflösung des Vertrages. Aber während er diese auf der einen Seite bei bloßer rechtzeitiger Einhaltung der erforderlichen Fristen mühelos erreicht und noch obendrein seinen etwaigen Schaden ersetzt erhält, bedarf es auf der anderen Seite des oft schwierigen Beweises, daß der Irrtum bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bestand, wobei der Käufer noch außerdem ge-

gebenenfalls den Verkäufer zu entschädigen hat. Hierin liegt auch der Grund, warum der Käufer beim Vorhandensein eines Nebenmangels, wo ihm die Ansprüche aus der kaufrechtlichen Haftung versagt sind, auch nicht immer ohne Weiteres den Kauf wegen Irrtums gemäß § 119 II B.G.B. anfechten wird. Handelt es sich um einen Mangel, den er auf billige Weise zu heilen hofft, so wird er, falls der Ersatz des negativen Vertragsinteresses ungewöhnlich hoch sein würde, z. B. durch große Transport- und Reisekosten usw., nicht anfechten.

Schließlich besteht auch noch ein Unterschied in der Erheblichkeit des Fehlers bei der Wandelung und bei der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. Beim Viehgewährschaftsrecht genügt die bloße Tatsache, daß sich der Fehler innerhalb der Gewährfrist gezeigt hat, um den Käufer zur Wandelung zu berechtigen. Es macht keinen Unterschied, ob der Mangel auch bezüglich des Zweckes, für den der Käufer das Tier gebrauchen wollte, erheblich war. Anders bei der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. Hier gibt die Verkehrsanschauung den Maßstab für die Erheblichkeit, und auch sie ist nur maßgeblich, wenn anzunehmen ist, daß der Käufer die Willenserklärung auch bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde (vergl. Näheres unten sub. III).

Wir sehen also, daß die beiden Tatbestände der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. und der Viehgewährschaft gänzlich von einander verschieden sind. Dieses wird allerdings auch noch in jüngster Zeit lebhaft von Haußmann[1]) bestritten. Er behandelt zwar nicht ausdrücklich das Verhältnis der Irrtumsanfechtung zum Viehgewährschaftsrecht, sondern nur ganz allgemein zum Gewährschaftsrecht überhaupt. Ohne Zweifel haben sich

---

[1]) Haußmann: Der Irrtum im alten und neuen Rechte. S. 45 fg., besonders S. 47.

aber seine Ausführungen auch auf das Viehgewährschaftsrecht als einen speziellen Teil des allgemeinen Gewährleistungsrechtes zu beziehen. Er deutet dieses auch an, wenn er sagt: „Die besonderen Bestimmungen über den Fall der Gewährleistung, welche dem Wesen und Bedürfnis des Kaufes und dem Moment des außergewöhnlichen Fehlers nach den verschiedenen Seiten gerecht werden, sind Spezialrechte in dem Sinne, daß sie für diesen Tatbestand ausschließliche Geltung verlangen, wie am schärfsten bei den Viehmängeln hervortritt." Nach Haußmann ist der Kläger, welcher einen Irrtum über zugesicherte oder solche Eigenschaften einer Sache, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, im Wege der Anfechtung geltend machen würde, von Amtswegen abzuweisen, da er nach dem Gesetze lediglich eine Haftung auf Gewährleistung in Anspruch nehmen könne. Zum Beweise führt er an, daß es sich bei beiden Rechtsbehelfen um zwei gleiche Tatbestände handle, und „es könne nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber zwei Tatbestände so gleich gestaltet habe, um sie als doppelte Garnitur dem Irrenden beliebig zur Verfügung zu stellen".[1]) Daß diese Argumentation Haußmanns nicht anzuerkennen ist, indem es sich tatsächlich um zwei ganz verschiedene Tatbestände handelt, glaube ich oben genügend nachgewiesen zu haben. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Richter hier von Amtswegen der Anfechtung nicht stattgeben soll, „da lediglich eine Haftung auf Gewährleistung bestehe." Man wird doch in den Fällen, in denen ein Kaufvertrag vom Käufer gemäß § 119 II B.G.B. angefochten wird, dem Richter nicht zumuten wollen, zu untersuchen, ob der Käufer nach Gewährschaftsrecht hätte vorgehen können. Der Richter hat vielmehr lediglich zu prüfen, ob die Voraussetzungen des

[1]) Haußmann a. a. o. S. 47.

§ 119 II B.G.B. vorliegen, und hat, wenn sie alle zutreffen, der Anfechtung stattzugeben ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer eventuell irgend welche Rechte aus der Gewährleistung hätte geltend machen können.

Auch das Reichsgericht[1]) hat sich dafür entschieden, daß es sich bezüglich der Vorschriften über die Gewährleistung gegenüber den Bestimmungen über die Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. um Spezialvorschriften handele. Das Gesetz habe dem Gewährleistungsrechte aus dem Grunde diese besondere Stellung gegeben, um dem Verkehre die notwendige Sicherheit zu verschaffen, und um gerade Kaufgeschäfte, die im rechtsgeschäftlichen Verkehre eine Hauptrolle spielen, einer glatten Abwickelung in verhältnismäßig kurzen Fristen entgegenzuführen. Hiergegen möchte ich bemerken, daß das Gesetz, wenn es dem Gewährschaftsrecht diese besondere Stellung hätte anweisen wollen, dieses doch mindestens, wie schon oben angedeutet ist, dadurch hätte zum Ausdruck bringen müssen, daß es die Vorschriften über die Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. ausdrücklich bei der Behandlung des Gewährschaftsrechtes ausschloß. Auch ist nicht einzusehen, warum bei der Möglichkeit der Anfechtung die Verkehrssicherheit in Frage gestellt sein sollte, zumal doch der Käufer, falls er anficht, zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses gemäß § 122 II B.G.B. verpflichtet ist, der Verkäufer also gar keinen Schaden haben kann. Haußmann, Stölzle und das Reichsgericht betonen zu sehr das Moment der Verkehrssicherheit und berücksichtigen dabei in zu hohem Maße die Interessen des Verkäufers.

Es ist daher daran festzuhalten, daß die Vorschriften des § 119 II B.G.B. nicht durch die der §§ 481 fg. B.G.B. ausgeschlossen werden. Der Käufer kann vielmehr gegebenenfalls den Vertrag sowohl wegen Irrtums anfechten

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen. Bd. 61 Seite 174.

als auch seine Gewährschaftsansprüche geltend machen, natürlich nur in der Weise, daß er seine Klage entweder auf das eine oder andere Recht stützt.[1]) Er kann also den Vertrag wegen Irrtums anfechten und, falls er hiermit nicht durchdringt, die Wandelung verlangen. Dieses wird er natürlich in den meisten Fällen klugerweise nicht tun. Er wird vielmehr normalerweise zunächst versuchen, auf Grund des Gewährschaftsrechtes vorzugehen, weil er hiermit viel mehr erreicht; denn bei der Irrtumsanfechtung läuft er, wie wir sahen, Gefahr, das negative Vertragsinteresse ersetzen zu müssen. Er kann aber auch andererseits, wenn er auf Grund des Gewährschaftsrechtes nicht durchgedrungen ist, die Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. geltend machen. Dadurch, daß er mit dem einen Rechtsbehelf nicht durchgedrungen ist, wird kein Präjudiz für die Geltendmachung des anderen geschaffen. Nur wenn er auf Grund des einen Rechtsbehelfes zu seinem Rechte gelangt ist, geht ihm der andere verloren; denn dann besteht für ihn kein Rechtsschutzbedürfnis mehr und der Verkäufer könnte ihm mit Recht entgegenhalten, daß er ja schon auf Grund des einen oder anderen Rechtsbehelfes zu seinem Rechte gelangt sei.[2]) Auch entfällt, falls der Käufer mit Erfolg anficht, durch die hierdurch bedingte Nichtigkeit die Grundlage für Gewährschaftsansprüche. Auf diesem Standpunkte stehen in der Literatur unter anderen auch Örtmann, Planck, Tielker und Fürth.[3])

---

[1]) Vergl. Gmelin a. a. o. S. 751: „ . . . Es entspricht vielmehr allgemeinen Grundsätzen, daß, wenn eine Verletzung von Rechtsgütern stattgefunden hat — und das ist auch der Fall, wenn infolge wesentlichen Irrtums eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist — dem Verletzten alle Rechtsbehelfe in kumulativer, nicht in elektiver Weise zur Seite stehen."

[2]) Vergl. auch Planck a. a. o. S. 362.

[3]) Vergl. Örtmann a. a. o. Bd. II. S. 363. Vorbemerkung 20 vor § 459 B.G.B.; Planck Kommentar zum Bürgerl. Gesetzb. Bd. II 1907 S. 361; Tielker a. a. o. S. 87 fg.; Fürth: Über das Verhältnis des Wandelungsanspruches beim Kaufe zu der Anfechtung wegen Irrtums und Betruges nach dem Bürgerl. Gesetzbuche. Dissert.-Leipzig 1907.

Besonders Örtmann sagt: „Warum soll da, wo der Mangel soweit geht, daß er eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Kaufsache im Sinne des § 119 II B.G.B. betrifft, die an einen schärferen Tatbestand sonst geknüpfte weitergehende Wirkung darum ausgeschlossen sein, weil die schon mit einem schwächeren verbundene Wandlungsbefugnis alsdann auch erst recht Platz greift.“ Örtmann weist dann darauf hin, daß es zwar bedenklich erscheine, daß der Käufer gegebenenfalls noch nach 29 Jahren anfechten könne, nachdem ein etwaiger Gewährschaftsanspruch bereits verjährt sei. Man dürfe aber dennoch die Anfechtung nicht versagen, „weil es erfahrungsgemäß oft zweifelhaft sei, ob beim Kaufe einer gewisser Eigenschaften entbehrenden Sache Sachmangel oder Geschäftsirrtum vorliege.[1]) Die Gegenmeinung würde hier dem Käufer die Gefahr einer richtigen Beurteilung des Tatbestandes aufbürden, während nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer in allen nach § 119 II B.G.B. überhaupt dazu geeigneten Fällen ruhig anfechten könne, ohne sich wegen der Frage, ob der Fall auch zur Wandelung geeignet wäre, den Kopf zerbrechen zu müssen.“ Dieses müßte er aber, wenn die Ansicht Haußmann's, Stölzle's oder des Reichsgerichtes die richtige wäre.

Auf einem eigenartigen Standpunkte steht auch Krückmann[2]). Er gibt zwar zu, daß in abstracto ein Mangel sowohl zur Anfechtung als auch zur Wandelung berechtigen könne, in concreto sei dieses aber nicht möglich; denn wo kaufrechtlich gehaftet werde, sei eine Irrtumsanfechtung ausgeschlossen. Beide Rechtsbehelfe stehen nach Krück-

[1]) Vergl. auch Krückmann, der in seiner „Anfechtung . . .“ Seite 21 darauf hinweist, von Praktikern würde nicht selten die Argumentation vorgetragen, der Zustand, daß die Anfechtung wegen Irrtums gemäß § 121 II B.G.B. noch nach 30 Jahren geltend gemacht werden könne, sei unannehmbar. Krückmann sucht an einem Beispiele nachzuweisen, daß diese Argumentation voller Unwahrscheinlichkeiten und nicht ernst zu nehmen sei.

[2]) Vergl. Krückmann, Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 98 Seite 420 fg. und Bd. 101 S. 393 fg.; auch „Anfechtung“ S. 7.

mann in einem gewissen Ergänzungsverhältnisse zueinander. Nur dort, wo kaufrechtlich nicht gehaftet werde, sei eine Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. möglich. Man müsse in erster Linie fragen: Kann der Käufer gegen den Verkäufer nach den Bestimmungen über das Gewährschaftsrecht vorgehen? Ist ihm ein Gewährleistungsanspruch gegeben, dann irrt er sich nach Krückmann[1]) nur über die Leistung, nicht aber über die Verpflichtung des Verkäufers, und die Anfechtung ist ihm versagt. Krückmann legt also großen Wert darauf, festzustellen, daß ein nach § 119 II B.G.G. beachtlicher Irrtum nur dann vorliegt, wenn jemand sich über die Verpflichtung eines anderen zur Leistung irrt. Hiervon sagt aber der § 119 II B.G.B. nichts. Es heißt dort: „Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehre als wesentlich angesehen werden." Das Gesetz selbst kennt also den Unterschied zwischen Irrtum über die Leistung und Irrtum über die Verpflichtung zur Leistung nicht. Entscheidend ist allein, ob der Käufer sich über eine Eigenschaft der Sache bei Abgabe der Willenserklärung geirrt hat. Der Irrtum kann bestehen bezüglich der Leistung und bezüglich der Verpflichtung zur Leistung, und es macht keinen Unterschied, ob ich sage: „Der Verkäufer hat nicht geleistet, wie ich mir irrtümlich vorgestellt habe, obwohl er hierzu verpflichtet war," oder „Der Verkäufer hat nicht geleistet, wie ich mir irrtümlich vorgestellt habe, er war allerdings hierzu auch nicht verpflichtet." Wollte man im ersten Falle die Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. versagen, während man sie im zweiten Falle gewährt, so hieße das, den Grund der Irrtumsanfechtung in der Person des Anfechtungsgegners suchen, obgleich doch für die Beurteilung des Irrtums einzig und allein die Person des Irrenden

---

[1]) Vergl. auch Krückmann: Die Alternative zwischen Gewährschaft und Anfechtung, im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 101 S. 395 fg.

maßgebend ist. War der Käufer bei Abgabe der Willenserklärung der Überzeugung, eine fehlerfreie Sache zu erhalten, und stellt es sich später bei der Übergabe der Sache heraus, daß sie nicht so beschaffen ist, wie es sich der Käufer vorgestellt hat, so wird ihm niemand die Anfechtung gemäß § 119II B.G.B. versagen dürfen, vorausgesetzt natürlich, daß die übrigen Erfordernisse dieses Paragraphen vorhanden sind. Es ist nicht zu verkennen, daß die Krückmann'sche Ansicht das Anfechtungsrecht gemäß § 119 II B.G.B. in eine gefährliche, vom Gesetz nicht gewollte Abhängigkeit zu dem Gewährschaftsrechte bringt, eine Abhängigkeit, die fast an das Verhältnis von lex specialis zu lex generalis grenzt. Dieses widerspricht aber, wie ich schon oben hervorhob, vollständig der freien, allgemeinen Stellung, die das Anfechtungsrecht im Gesetze einnimmt. Weist ein bestimmter Fall einmal sowohl die Tatbestandsmerkmale des einen als des anderen Rechtsbehelfes auf, so hat der Käufer die Wahl, ob er anfechten oder wandeln will. Es ist aber auch der Fall denkbar, daß sämtliche Voraussetzungen des § 119 II B.G.B. gegeben sind, während es bezüglich der Voraussetzungen des Gewährschaftsrechtes zweifelhaft ist, ob sie vorliegen, und für ihre Feststellung möglicherweise ein langwieriger Prozeß notwendig ist. Hier müßte nach der Krückmann'schen Ansicht der Käufer sich dennoch klugerweise zunächst auf den Prozeß über seine Gewährschaftsansprüche einlassen, selbst auf die Gefahr hin, erhebliche Kosten und großen Ärger zu haben. Wer aber auf dem Standpunkte steht, daß Irrtumsanfechtung und Gewährleistungsrecht von einander vollständig unabhängig sind, wird den Käufer ruhig anfechten lassen; denn zweifellos wird der Käufer in vielen Fällen lieber das negative Vertragsinteresse zahlen als daß er sich auf einen langwierigen Prozeß ungewissen Ausgangs einläßt und durch den damit häufig verbundenen Ärger seine Gesundheit schädigt.

Wenn ich im Vorhergehenden eingehend die Zulässigkeit der Irrtumsanfechtung gegenüber dem Gewährschafts-

rechte behandelte, so war dieses notwendig für die Frage, ob die Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. auch beim Vorhandensein von Nebenmängeln möglich sei; denn die Vertreter der Ansicht Stölzle's, Haußmann's usw. müssen auf Grund ihrer Behauptung, daß es sich bezüglich des Gewährschaftsrechtes um Spezialvorschriften gegenüber der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. handele, die Anwendbarkeit dieses Paragraphen, — wie sie es ja auch tatsächlich tun, — beim Vorhandensein von Nebenmängeln versagen. Hat die lex specialis positiv erklärt, für diese Fehler soll nicht nach meinen Vorschriften gehaftet werden, so ist naturgemäß auch die lex generalis bezüglich dieser ausgeschlossenen Fehler nicht anwendbar. Aber auch diejenigen Schriftsteller, die wie Krückmann zwar ein Verhältnis von lex spezialis zu lex generalis verneinen, im übrigen dagegen, selbst wenn die Tatbestandsmerkmale beider Rechtsbehelfe in einem konkreten Falle vorhanden sind, dem Käufer nicht die Wahl zwischen beiden zuerkennen, müßten beim Vorhandensein von Nebenmängeln die Irrtumsanfechtung versagen. Wollte man, wie es Krückmann tatsächlich tut, hier die Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. gewähren, während man sie bei anderen als Nebenmängeln versagte, so hieße das dem Willen des Gesetzes Gewalt antun. Wäre das Gesetz in der Krückmann'schen Auslegung zu verstehen, so müßte man ihm große Inkonsequenz vorwerfen, da es dann ja seinen eigenen Willen durchkreuzte; denn es würde zwar auf der einen Seite den Verkehr erleichtern, indem es die kaufrechtliche Haftung auf die Hauptmängel beschränkte, ihn auf der anderen Seite aber auch wesentlich dadurch erschweren, daß es die Irrtumsanfechtung, die bezüglich der Hauptmängel ausgeschlossen war, jetzt plötzlich für die Nebenmängel bereitstellte. Die Krückmann'sche Argumentation ist aber nicht richtig. Der einzige Grund für die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung beim Vorhandensein eines Nebenmangels ist darin zu suchen, daß die

Vorschriften des § 119 II B.G.B. im Gesetze ganz allgemein dastehen, von den Bestimmungen des Gewährschaftsrechtes in keiner Weise berührt werden und unter den gegebenen Voraussetzungen stets Platz greifen, mag es sich um einen nach § 459 B.G.B. erheblichen Fehler, um einen Haupt- oder Nebenmangel handeln. Die Bestimmungen gelangen zur Anwendung kraft ihrer freien, unabhängigen Stellung im Gesetze, während sie nach Krückmann lediglich als Ergänzung und Ausgleich dafür einzutreten hätten, daß das Gesetz die Gewährleistung für Nebenmängel versagt.

Die Gewährung der Anfechtungsbefugnis wegen Irrtums bildet aber auch ein Gebot der Gerechtigkeit; denn ohne diese Befugnis würde der Käufer in vielen Fällen beim Vorhandensein eines Nebenmangels geradezu schutzlos sein. Nicht immer ist es ihm möglich, den Nebenmangel beim Abschlusse des Vertrages zu erkennen, oft stellt sich das Vorhandensein desselben erst hinterher z. B. bei der Schlachtung oder einer eingehenden tierärztlichen Untersuchung heraus. Könnte der Käufer hier nicht gegebenenfalls wenigstens gemäß § 119 II B.G.B. den Kaufvertrag anfechten, so würde er oft großen Schaden haben, ohne in irgend einer Weise dagegen geschützt zu sein.[1])

III. Die Voraussetzungen des § 119 II B.G.B.

Der Käufer eines Tieres kann beim Vorhandensein von Nebenmängeln den Kaufvertrag gemäß § 119 II B.G.B. naturgemäß nur dann anfechten, wenn und soweit die Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen.

Die allgemeinen Voraussetzungen des § 119 II sind folgende:

1. Es ist notwendig, daß sich der Käufer bei Abgabe der Willenserklärung geirrt hat. Dieses muß der Anfechtende

---

[1]) Vergl. Fürth a. a. o. S. 84.

beweisen; denn hat die gekaufte Sache erst nach Vertragsschluß einen Mangel erhalten, der vorher nicht vorhanden war, so hat sich der Käufer überhaupt nicht geirrt.

2. Als Eigenschaft im Sinne des § 119 II B.G.B. hat auch das Nichtvorhandensein von Fehlern zu gelten. Die Eigenschaft muß vom Verkehre als wesentlich angesehen werden, d. h. sie muß nach den Grundsätzen und Anschauungen des Verkehres beachtlich, erheblich und bedeutsam sein.[1]) Nicht erforderlich ist, daß gerade durch diese Eigenschaft überhaupt das ganze Wesen der Sache bestimmt wird; dagegen muß es sich doch wenigstens um eine Eigenschaft handeln, die mitbestimmend für das Wesen der Sache ist. Hat z. B. jemand einen echten Rembrandt gekauft, und will er später den Kauf anfechten mit der Begründung, er habe sich bezüglich der Einrahmung geirrt, er habe gedacht, der Rahmen sei von Eichenholz, während er in Wirklichkeit von Tannenholz sei, so wird man ihm mit Recht die Anfechtung versagen; denn das Wesen eines alten Meisters wird durch die Einrahmung in keiner Weise berührt. Es ist also der Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. eine scharfe Grenze dadurch gesetzt, daß alles Unwesentliche von vornherein als unbeachtlich ausgeschaltet wird. Den Maßstab für die Wesentlichkeit soll nach dem Gesetze die Verkehrsanschauung geben. Als solche hat die Durchschnittsmeinung verständiger Männer zu gelten. Dadurch, daß für die Prüfung über die Wesentlichkeit der Eigenschaft die Verkehrsanschauung maßgeblich ist, ist dem Irrenden selbst zwar die Entscheidung über die Wesentlichkeit entzogen. Nicht was er bei Abgabe der Willenserklärung nach seinen individuellen Ansichten und Meinungen für erheblich angesehen hat, kommt in Betracht, sondern allein das, was die Verkehrsanschauung für beachtlich und bedeutsam erachtet. Es ist also bei der Beurteilung der Wesentlichkeit ein objektiver Maßstab anzulegen. Indessen

[1]) Vergl. auch Örtmann a. a. o. Bd. I, S. 362.

ist dieser nicht absolut. Es sind daher bei der Prüfung der Frage nach der Wesentlichkeit einer Eigenschaft die Anschauungen des Geschäftskreises zu berücksichtigen, innerhalb dessen der Kauf abgeschlossen worden ist. Unbedenklich wird man aber das Gesetz dahin verstehen dürfen, daß hier nicht die oft skrupellosen und unreellen Anschauungen eines Kreises in Betracht kommen, sondern nur diejenigen anständig und reell denkender Männer; denn die ratio legis kann in keinem Falle dahingehen, daß unlautere Ansichten und Gepflogenheiten gewisser Kreise zu begünstigen seien. Örtmann[1]) hegt Zweifel, ob laxe Verkehrsanschauungen und Verkehrsunsitten zu berücksichtigen seien. Meines Erachtens dürfen sie keine Beachtung finden; denn das wäre mit dem Zwecke des Gesetzes unvereinbar, der doch darin besteht, dem Unrecht zu steuern und dem Rechte zum Siege zu verhelfen. Es kann daher auch in solchen Fällen, in denen das Gesetz einen Begriff nicht selbst bestimmt, sondern dessen Bestimmung der Verkehrsanschauung überläßt, selbstverständlich doch nur eine solche in Betracht kommen, die sich als eine durchaus anständige und rechtliche darstellt. Laxe Verkehrsanschauungen und Verkehrsunsitten sind daher ungeeignet, für die Frage nach der Wesentlichkeit einer Eigenschaft den Maßstab zu gewähren.

Darüber, wann eine Eigenschaft im Verkehre als wesentlich anzusehen ist, gibt uns das Bürgerliche Gesetzbuch keine Auslegungsregeln. Indessen gewährt uns hierfür das gemeine Recht einen Fingerzeig, dessen Lehren in dieser Beziehung auf die moderne Rechtsentwickelung und insbesondere auch auf das Bürgerliche Gesetzbuch von Einfluß waren. Für das gemeine Recht war die Lehre Savigny's[2]) maßgebend. Seine Definition der ver-

---

[1]) Vergl. Örtmann a. a. o. Bd. I, S. 362.

[2]) Vergl. Savigny: System des heutigen römischen Rechtes 1840. Bd. III, Seite 283.

kehrswesentlichen Eigenschaft lautet: „Der Irrtum über eine Eigenschaft ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehre herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört". Er stützt sich hierbei vornehmlich auf folgende Digestenstellen: l. 9 § 2, l. 10, l. 14, l. 41 § 1 de contrahenda emtione D 18, 1. Es würde zu weit führen und über den Rahmen dieser Arbeit hinaus gehen, wollte ich an dieser Stelle weiter auf die Vorzüge und Nachteile dieser Lehre eingehen. Es möge genügen, darauf hinzuweisen, daß die Lehre Savigny's auf die Entscheidungen des Reichsgerichtes[1]), den code civil, das schweizerische Obligationenrecht, sowie auf fast alle neueren Kodifikationen von großem Einfluß war.[2]) Ist sie auch heute nicht mehr wie früher in jeder Beziehung maßgebend, so bietet sie doch für die Auslegung des § 119 II B.G.B. wertvolle Anhaltspunkte. Man hat also bezüglich der Verkehrswesentlichkeit einer Eigenschaft zu fragen, ob nach der Verkehrsanschauung desjenigen Kreises, innerhalb dessen der Kauf abgeschlossen worden ist, die Sache dadurch, daß sie in Wirklichkeit andere Eigenschaften besitzt als sich der Irrende vorgestellt hat, zu einer Sache anderer Art wird. Es werden hierbei naturgemäß zunächst die Fälle ausscheiden, in denen die gekaufte Sache zwar von der Art ist, wie der Käufer sie sich bei Abgabe seiner Willens-

---

[1]) Vergl. z. B. die Reichsgerichtsentscheidung vom 3. Januar 1888 Bd. 19, S. 267. Dort heißt es: „Es ist der von Savigny vertretenen und herrschenden Ansicht beizutreten, wonach . . ."

[2]) Vergl. hierzu die Protokolle der Kommission der zweiten Lesung eines Entwurfes zum B.G.B. S. 114; ferner Breucha a. a. o. S. 262; Krückmann, Anfechtung S. 17; Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 138; Schefold, Verkehrswesentliche und gebrauchserhebliche Eigenschaften einer Sache und der Irrtum des § 119 II und die §§ 459 fg. B.G.B., im Jahrb. für württembergische Rechtspfege 1905 Bd. 17, S. 126; Anderer Ansicht: Gmelin a. a. o. S. 748 fg. Meyer zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften einer Sache, im Recht 1905, S. 674 fg.

erklärung vorgestellt hat, aber schlechter ist. Die gekaufte goldene Schale hat z. B. Beulen. Hier kann der Käufer nicht anfechten; denn eine bloße Verschlechterung der Sache findet nach den Grundsätzen des Anfechtungsrechtes keine Berücksichtigung. [1])

Selbstverständlich bietet die Lehre Savignys nur eine wertvolle Auslegungsregel. Es wäre daher unrichtig, wollte man ihr in allen Fällen blindlings folgen. Vor allen Dingen wird man sich hüten müssen, bei der Frage, wann es sich um eine Sache anderer Art handelt, allzu einseitig bei der Bestimmung des Artbegriffes vorzugehen. Man wird hierbei vielmehr recht weitherzig sein dürfen und darauf Bedacht nehmen müssen, in erster Linie den Anschauungen des modernen Verkehrslebens gerecht zu werden.

Eine eigenartige Definition der verkehrswesentlichen Eigenschaft gibt Lenel. [2]) Nach ihm ist eine Eigenschaft, über die jemand sich irrt, dann im Sinne des § 119 II B.G.B. wesentlich, wenn sie zur normalen Individualisierung des Vertragsgegners oder Vertragsobjektes gehört. Die Begründung für diese Auffassung liegt nach ihm besonders in den Verhältnissen des Verkehrs, für welche nur auf diesem Wege eine klare und bestimmte Grenze zu finden sei. [3]) Nach seiner Theorie berechtigt z. B. beim Kaufe alter Meister ein Irrtum über die Echtheit nicht zur Anfechtung. Dasselbe gilt nach ihm bei Kreditgeschäften bezüglich der Kreditwürdigkeit des anderen Teiles. Die Theorie Lenel's ist meines Erachtens zunächst zu weit. Wohin sollte es führen, wollte man alle Eigenschaften, die der normalen Individualisierung einer Sache dienen, als ver-

---

[1]) Vergl. hierzu die Digestenstelle l. 10 de contrahenda emtione D 18,1: Paulus libro quinto ad Sabinum: Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret; tunc enim emptio valet.

[2]) Vergl. Lenel: Der Irrrtum über wesentliche Eigenschaften in Iherings Jahrbücher Bd. 44, S. 1 fg.

[3]) Derselben Ansicht: Planck a. a. o. Bd. I, S. 214 zu § 119 II.

kehrswesentlich bezeichnen. Gerade derartige, besonders charakteristische Merkmale der Sache wird der Käufer am ersten erkennen müssen. Mit Recht weist Krückmann [1]) darauf hin, daß man dem Käufer stets einen schweren Vorwurf daraus machen müsse, daß er die Eigenschaften, die jeder zu nennen und bezeichnen pflege, nicht genannt und bezeichnet habe und daraufhin jetzt anfechten wollte: „Das nicht beachten, was alle beachten, kann unmöglich als berechtigter Anfechtungsgrund gelten." Die Theorie Lenel's ist aber auch zu eng; denn es berechtigen auch solche Eigenschaften eventuell zur Anfechtung, die selten vorkommen. Gerade diese bieten um so mehr einen Grund zur Anfechtung, als man es dem Käufer nicht zumuten kann, daß er sich über sie auch noch besonders orientiere.[2]) Die Lenel'sche Theorie ist denn auch in der Literatur fast allgemein abgelehnt und bekämpft worden.[3])

3. Schließlich kann, selbst wenn es sich um eine Eigenschaft handelt, die im Verkehre als wesentlich angesehen wird, der Irrende doch nur dann anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er auch bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde.[4]) Es ist dabei zu beachten, daß der Absatz II des § 119 B.G.B. lediglich die Bedeutung hat, gewisse Fälle, bezüglich deren es zweifelhaft ist, ob es sich um Motiv- oder Geschäftsirrtum handelt, den im

---

[1]) Krückmann: Anfechtung, S. 17, 18.

[2]) Vergl. hierzu auch Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 363 zu § 119 II 4 f. d., ferner Krückmann, Anfechtung Seite 18, der noch besonders darauf hinweist, daß überhaupt keine Übereinstimmung der Meinungen bestehe, was unter normalem Individualisierungsmerkmal zu verstehen sei, und daß eine begriffliche Festlegung hierfür mit den größten Schwierigkeiten verknüpft sei.

[3]) Gegen Lenel besonders auch Breucha a. a. O., S. 263 fg., von Staudiger a. a. O. Bd. I, S. 385; Schloßmann, der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und Sache nach dem B.G.B. Jena 1903 S. 44 fg.

[4]) Vergl. a. a. O., S. 22; Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 364; von Staudinger a. a. O. Bd. I, S. 375; Krückmann, Anfechtung S. 17; Eck a. a. O. S. 140 und andere.

Absatz I des Paragraphen behandelten Fällen gleichzustellen.[1]) Diese Gleichstellung bezieht sich aber naturgemäß nicht nur auf die Möglichkeit der Anfechtbarkeit, sondern sie geht noch weiter. Der Irrende soll nur anfechten können, falls dieselben Bedingungen wie im Absatz I vorliegen, also nur dann, wenn anzunehmen ist, daß der Anfechtende die Erklärung auch bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Dieses Moment schließt Endemann[2]) aus. Er führt zur Begründung seiner Ansicht an, daß der Absatz II nur eine Wiederholung, noch dazu eine fehlerhafte, lückenhafte Wiederholung des Absatz I bedeuten würde, falls man den Konditionalsatz: „ . . . wenn . . . usw." auch für ihn als zutreffend erachtete. Dieser Begründung ist nicht beizustimmen. Freilich findet sich sowohl im Absatz I wie auch im Absatz II ein objektives Moment. Während aber im Absatz II der objektive Maßstab eingefügt ist für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Eigenschaft der Sache, soll das in dem Bedingungssatz des Absatz I enthaltene objektive Moment einen wichtigen Maßstab geben für die Beurteilung der Beachtlichkeit eines Irrtums im allgemeinen. Der Konditionalsatz ist integrierender Bestandteil jeder Irrtumsanfechtung überhaupt, insofern als hierdurch ja erst der notwendige Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Erklärung gegeben wird. Hätte der Bedingungssatz nicht auch Geltung für den Absatz II des § 119 B.G.B., so würde der Richter, falls jemand behauptete, sich bezüglich der Eigenschaften einer Sache geirrt zu haben, lediglich prüfen müssen, ob diese Eigenschaften nach der Verkehrsanschauung als wesentlich zu betrachten seien. Dagegen wäre ihm eine Prüfung darüber, ob denn die irrtümliche Willensbildung für die Erklärung bestimmend war, versagt. Ein solcher Zustand würde aber

[1]) Vergl. Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 358.
[2]) Vergl. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes Bd. I. § 72, S. 301 fg., Note II S. 308.

dem ganzen inneren Wesen der Irrtumsanfechtung, sowie dem engen Verhältnisse der beiden Absätze zueinander widersprechen.[1]) Vielmehr hat der Richter in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu untersuchen, ob denn bei dem Anfechtenden wirklich ein gesetzlich beachtlicher Irrtum vorliegt, d. h. ob der Anfechtende nicht vielleicht trotz der irrtümlich beeinflußten Willensbildung die Erklärung abgegeben haben würde. Naturgemäß ist für diese Prüfung der Zeitpunkt der Erklärung maßgebend. Der Richter hat sich zu fragen: Würde der Anfechtende auch bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung abgegeben haben? Hierbei sind nun alle Verhältnisse zu berücksichtigen, die geeignet sein konnten, den Willen des Irrenden zu beeinflussen, es sind die besonderen individuellen Bedürfnisse und Neigungen des Anfechtenden in Betracht zu ziehen. Aber das Gesetz will diese nur so weit beachtet wissen, als sich der Irrende in ihrer Berücksichtigung bei Abgabe seiner Willenserklärung als ein verständiger Mann erwiesen hat. Hierdurch erfährt das subjektive Moment des Bedingungssatzes eine wirksame Einschränkung. Dieses ist außerordentlich wichtig mit Rücksicht auf die allgemeine Verkehrssicherheit und auf die Person des Anfechtungsgegners. Wollte man jede individuelle Schrulle des Anfechtenden für beachtlich erklären, so fehlte dem Anfechtungsgegner jegliche Garantie dafür, ob das Rechtsgeschäft nicht doch in absehbarer Zeit wieder vom anderen Teile angefochten und dadurch nichtig werde. Freilich muß er von Anfang an mit der Möglichkeit der Anfechtung rechnen; andererseits hat er bei der Fülle der notwendig zu beweisenden Voraussetzungen des § 119 II B.G.B. die Gewißheit, daß die Anfechtung nur in seltenen Fällen tatsächlich erfolgen werde. Die in dem Bedingungssatze des Absatz I enthaltenen subjektiven und objektiven Momente hängen eng zusammen,

[1]) Haußmann a. a. O. S. 25.

sie ergänzen sich gewissermaßen.[1]) Es wäre daher meines Erachtens unrichtig, wollte man bei der Auslegung des Konditionalsatzes einen rein subjektiven, oder wie Muskat[2]) einen rein objektiven Maßstab anlegen oder gar wie Eck[3]) von zwei getrennten Standpunkten ausgehen.

IV. Die Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. speziell beim Vorhandensein von Nebenmängeln eines Tieres.

Wenn ich nun die im Vorhergehenden gewonnenen Grundsätze auf die Beachtlichkeit der Nebenmängel anwende, so ist Folgendes zu sagen: Der Käufer eines Tieres muß sich bei Abgabe der Willenserklärung geirrt haben. Angenommen der A hat ein Rind gekauft, welches zur Zeit des Vertragsschlusses nachweislich noch ganz gesund war, später entdeckt er, daß das Tier an einem Nebenmangel leidet z. B. nicht milchgibig ist. Hier kann er, auch wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, nicht anfechten; denn im Augenblicke des Vertragsschlusses konnte er sich garnicht irren, da das Tier ja zu dieser Zeit so beschaffen war, wie er es erwartete.

Ferner muß es sich um eine Eigenschaft handeln, die im Verkehre als wesentlich gilt. Auch muß der Tatbestand die Erfordernisse des Bedingungssatzes „. . . wenn . . . usw." enthalten. Sehr ansprechend faßt Krückmann[4]) all' diese Voraussetzungen zusammen in der Frage: „Ist die Leistung infolge des Nebenmangels für den Käufer unannehmbar?" Bei der Beurteilung dieser Frage sind auch hier in erster Linie die individuellen Verhältnisse und Bedürfnisse des Käufers zu berücksichtigen, soweit sie sich

---

[1]) Derselben Ansicht besonders Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 365; v. Staudinger a. a. O. Bd. I, S. 385 u. 386, Haußmann a. a. O., S. 27.
[2]) Muskat: Über Eck's Irrtumslehre, in Gruchot Beiträge Bd. 42, Seite 769 fg.
[3]) Eck a. a. O. S. 140.
[4]) Vergl. Krückmann, Anfechtung S. 17.

als verständig und sinngemäß erweisen. Die Grenzen dafür, wann ein Fehler oder eine Krankheit ein Tier unannehmbar machen, sind recht flüssig. Es ist daher bei der Beurteilung der Frage ein gewisser Spielraum gelassen. Einen wichtigen Anhaltspunkt gibt hierbei die Auslegungsregel Krückmann's: „Würde der Käufer eventuell nur mindern, so ist eine Anfechtung ausgeschlossen."[1]) Dieser Ansicht ist beizustimmen; denn in einem solchen Falle würde der Käufer ja auch bei Kenntnis der Sachlage das Tier gekauft haben, wenn auch zu einem geringeren Preise.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, wann ein Käufer wegen Krankheiten eines Tieres den von ihm abgeschlossenen Kauf anfechten kann. Es muß eine Krankheit sein, deren Nichtvorhandensein eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Tieres bedeutet; es muß also im Anschluß an die Theorie Savignys das mit der Krankheit behaftete Tier ganz anders geartet sein, als ein gesundes, das der Käufer zu erwerben glaubte. Nach der für die Beurteilung maßgeblichen Verkehrsanschauung wird nicht jede Krankheit beachtlich sein, sondern nur eine solche, die das Tier für den Käufer unbrauchbar macht. Dieses ist dann der Fall, wenn das Tier für die wirklichen, einer verständigen Beurteilung entsprechenden Interessen und Bedürfnisse des Käufers untauglich ist, oder wenn die baldige Untauglichkeit mit Gewißheit zu erwarten steht. Nicht Krankheit und Gesundheit sind also die entscheidenden Kriterien, sondern Tauglichkeit und Untauglichkeit.

Besonderes gilt für den Fall, daß das gekaufte Tier mit einer ansteckenden Krankheit behaftet ist. Ein solches Tier ist abgesehen von der durch die Krankheit etwa bedingten Untauglichkeit schon wegen der vorhandenen Ansteckungsgefahr unbrauchbar; denn der Käufer hat mit Bestimmtheit auch die Infizierung seines übrigen Viehbestandes zu erwarten, Selbst wenn das kranke Tier für

[1]) Vergl. Krückmann, Anfechtung S. 18.

sich allein in einem Stalle untergebracht ist, so muß der Käufer doch bei der Verseuchung desselben auch eine Übertragung auf alle fernerhin dort unterzubringenden Tiere befürchten. Aus diesen Gründen ist z. B. ein an Tuberkulose leidendes Pferd für den Käufer stets unannehmbar, selbst wenn es sonst vielleicht noch ganz gut brauchbar ist. Das Nichtvorhandensein einer ansteckenden Krankheit wird nach der Verkehrsanschauung stets eine wesentliche Eigenschaft des Tieres bedeuten, und es ist in solchen Fällen stets anzunehmen, daß der Käufer bei Kenntnis der Sachlage als verständiger Mensch den Kauf nicht abgeschlossen haben würde.

Die Frage, ob ein Nebenmangel zur Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. berechtigt, wird allerdings in der Literatur selbst von denjenigen Schriftstellern, welche dem Gewährleistungsrecht gegenüber den Bestimmungen des § 119 II nicht die Stellung einer Spezialvorschrift geben, vielfach bestritten, so hauptsächlich auch von Breucha[1]) und Hirsch.[2])

Breucha kommt bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 119 II B.G.B. zu dem Resultate, daß ein Nebenmangel, soweit er in Krankheiten und Untugenden des Tieres bestehe, niemals eine Eigenschaft sei, die vom Verkehre als wesentlich angesehen werde. Dieses gilt indessen nach ihm nicht nur für Neben-, sondern auch für Hauptmängel. Breucha stützt seine Ansicht einmal auf Billigkeitserwägungen: „Die strikten Vorschriften der §§ 481 fg. B.G.B. würden bei Zulassung der Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. umgangen." . . . . . „Die Zulassung der Anfechtung beim Viehhandel würde eine völlige Vereitelung der vom Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 481 fg. angestrebten Zwecke bedeuten." Sodann beruht die Ansicht Breucha's aber hauptsächlich auf einer

[1]) Breucha a. a. O. S. 253 fg. besond. S. 257.

[2]) Hirsch: Über Anfechtbarkeit eines Viehkaufes wegen Irrtums auf Grund solmlicher Mängel, im Jahrb. f. württemb. Rechtspflege, Bd. 16 S. 135 fg.

starren Anwendung der oben erwähnten Theorie Savigny's. Er sagt: „Krankheiten und Untugenden eines Tieres gehören nicht zu den für die Artzugehörigkeit desselben maßgebenden Eigenschaften. Nach den Anschauungen des täglichen Lebens, im Handel und Verkehre gelten nirgends kranke Tiere gegenüber den gesunden Tieren der betreffenden Gattung als eine besondere Art." Was zunächst die Billigkeitserwägungen anbetrifft, so habe ich schon oben einleitend hervorgehoben, daß gerade aus ihnen heraus die Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. dem Käufer zu gewähren sei, weil sonst die Vorschriften über die Viehgewährschaft mit ihrer gänzlichen Ausschließung der kaufrechtlichen Haftung für Nebenmängel oft zu großen, vom Gesetze nicht gewollten Härten führen würden. Auch ist der Nachweis für den Käufer, daß das Nichtvorhandensein des Nebenmangels eine „Eigenschaft bedeute, die im Verkehre als wesentlich gelte", in den meisten Fällen so schwierig, daß man es nicht als eine Unbilligkeit gegenüber dem Verkäufer bezeichnen kann und darf, wenn man dem Käufer, der alle Voraussetzungen nachgewiesen hat, die Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. gewährt. Der Verkäufer hat ja dabei auch gar keinen Schaden, da er im Anfechtungsfalle vom Käufer gemäß § 122 I B.G.B. das negative Vertragsinteresse ersetzt erhält.

Aber auch die starre Art und Weise, mit der Breucha den von Savigny entwickelten Artbegriff auf unser modernes Verkehrsleben anwendet, ist nicht anzuerkennen. Gewiß ist, das habe ich schon oben hervorgehoben, die Definition Savigny's auf die Entwickelung des § 119 II B.G.B. nicht ohne Einfluß gewesen. Aber man hat sie, ohne sich an den starren Wortlaut derselben zu klammern, mehr als eine geeignete Auslegungsregel für den Begriff der Verkehrswesentlichkeit zu betrachten und zu bewerten, und in erster Linie, soweit wie möglich, den Anschauungen des modernen Verkehrslebens Rechnung zu tragen.

Zu einem ähnlichen Resultate wie Breucha gelangt Hirsch, allerdings von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus, indem er den Irrtumsbegriff ganz eigenartig auslegt.[1]) Der Irrtum bezieht sich nach Hirsch nur auf die Sphäre des Wissens, nicht aber auch auf die des Glaubens und Meinens. Der Käufer eines Tieres kann nur dann wegen Irrtums anfechten, wenn er weiß, daß das von ihm gekaufte Tier gesund ist, nicht aber, wenn er dieses nur glaubt und hofft. Kein Käufer hat aber beim Viehkauf wegen der ständigen physiologischen Veränderungen, denen lebende Organismen in jedem Augenblicke unterworfen sind, die Gewißheit und Sicherheit, daß das Tier gesund ist. Der Viehkauf ist vielmehr gewissermaßen ein gewagtes, aleatorisches Geschäft, eine emtio spei. Der Käufer hofft, daß das Tier gesund ist, doch er hat hierfür keine Gewißheit. Stellt sich darum später der Mangel heraus, so tritt nur eine vom Käufer vorausgesehene Tatsache ein; es verwirklicht sich das, was der Käufer schon vorher wußte. Darum liegt hier niemals ein Irrtum, sondern höchstens eine fehlgeschlagene Hoffnung vor, die aber gemäß § 119 II B.G.B. keine Beachtung finden kann.

Dieser Ansicht von Hirsch ist meines Erachtens nicht beizustimmen. Er faßt den Begriff des Irrtums viel zu eng, denn der Irrtum umfaßt sehr wohl auch die Sphäre des Glaubens und Hoffens. Kennt jemand den Fehler eines Tieres nicht, oder hofft und glaubt er, ein gesundes Tier zu kaufen, und stellt sich später tatsächlich ein Fehler heraus, so hat er sich eben geirrt. Man kann auch nicht sagen, daß bei jedem Viehkauf eine Vermutung für die Fehlerhaftigkeit eines Tieres bestehe. Im Gegenteil: bei den gesunden Verhältnissen, die bei der deutschen Landwirtschaft besonders auch auf dem Gebiete der Viehzucht bestehen und noch dazu durch eine hochentwickelte Tierarzneikunde wesentlich unterstützt und hochgehalten werden,

[1]) Vergl. Hirsch a. a. O. S. 136.

wird man eher eine Vermutung für die Fehlerlosigkeit im allgemeinen annehmen dürfen. Die Argumentation von Hirsch beruht aber auch, wie Schefold[1]) mit Recht hervorhebt, auf einer Verwechselung von Dasein und Entschuldbarkeit des Irrtums. Schefold sagt: „Ob es ein einfacher oder ein schwieriger Weg ist, auf welchem ich zum Wissen gelange, und was ich hierbei meine und glaube, berührt nicht das Dasein des Irrtums, sondern nur die Frage nach der Entschuldbarkeit. Auf dem Irrtum ruht das Glauben, Hoffen und Spekulieren; aber der Irrtum bleibt, wenn auch Zweifel an der Richtigkeit des Glaubens auftreten oder auftreten müssen."

§ 3.

Kann ein Kauf beim Vorhandensein eines Nebenmangels wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 B.G.B. angefochten werden?

I. Allgemeines.

Im Folgenden soll zu der Frage Stellung genommen werden, ob der Käufer beim Vorhandensein eines Nebenmangels eventuell den Kauf wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 B.G.B. anfechten kann. Selbst diejenigen Schriftsteller, die eine Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. versagen, lassen unter den gegebenen Voraussetzungen eine solche nach § 123 zu.[2]) Was das Verhältnis der Vorschriften dieses Paragraphen zu den Bestimmungen des Viehgewährschaftsrechtes anbetrifft, so gilt auch hier größtenteils das oben bezüglich der Anfechtung gemäß § 119 II B.G.B. Gesagte. Auch der § 123 ist kraft seiner Stellung im allgemeinen Teile des Bürgerlichen Gesetz-

[1]) Vergl. Schefold a. a. O. S. 129.

[2]) Vergl. besonders Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels, S. 171 fg.; Meisner, Viehgewährschaft S. 10; Hirsch-Nagel, Gewährleistung beim Viehhandel, S. 86.

buches so unabhängig, daß es schon einer besonderen Bestimmung bedürfte, falls seine Vorschriften in einem speziellen Punkte nicht zur Anwendung gelangen sollten. Jedenfalls gibt es keine Bestimmung im Viehgewährschaftsrecht, durch welche die Anwendung des § 123 B G.B. beim Vorhandensein eines Nebenmangels ausgeschlossen würde.

Nach § 123 B.G.B. kann derjenige, welcher zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten.

Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte.

II. Die Voraussetzungen des § 123 Absatz I B.G.B.

Die Voraussetzungen des § 123 I B.G.B. sind bezüglich der arglistigen Täuschung folgende:

1. Es muß sich um eine „arglistige Täuschung" handeln.
2. Durch die arglistige Täuschung muß der Getäuschte zur Abgabe einer Willenserklärung veranlaßt werden, die er sonst nicht abgegeben haben würde.

Ad 1.) Was versteht man unter arglistiger Täuschung? Täuschung ist die Erregung eines Irrtums in einer Person, hervorgerufen durch das Verhalten einer anderen Person. Hierbei ist es nicht notwendig, daß sich der Täuschende bewußt ist, in einem anderen einen Irrtum zu erregen. Es genügt, daß sein Verhalten derart ist, in dem anderen die Vorstellung zu erwecken, die er ohne das Verhalten nicht gehabt hätte, und ihn zu einer Willenserklärung zu veranlassen, die er sonst nicht abgegeben haben würde. Dieses zur Irrtums-

erregung führende Verhalten kann nun entweder darin bestehen, daß jemand durch positive Handlung etwas Nichtbestehendes als bestehend angibt, oder etwas Bestehendes entstellt oder als nichtbestehend darstellt, oder daß jemand etwas Vorhandenes dort verschweigt, wo für ihn, falls es ihm bekannt wäre, eine Verpflichtung zum Reden bestände. Diese zur Irrtumserregung führenden Momente sind zwar objektiv verwerflicher Natur, d. h. sie machen das Verhalten zu einem objektiv widerrechtlichen; das Gesetz knüpft aber an die bloße Tatsache ihres Vorhandenseins noch nicht irgendwelche für den Täuschenden mißlichen Folgen; es beachtet die Täuschung als solche überhaupt nicht; vielmehr muß der Täuschende sich auch seines Handelns bewußt sein, er muß wissen, daß sein Verhalten geeignet ist, in dem anderen einen Irrtum zu erregen, und noch weiter: er muß in böslicher Absicht gerade diese Irrtumserregung bezwecken. Ferner ist es erforderlich, daß sein Verhalten auch wirklich den bestimmt ins Auge gefaßten Erfolg hat. Es ist also zunächst notwendig, daß der Täuschende selbst weiß, daß das, was er sagt, nicht der Wirklichkeit entspricht, und daß das, was er entstellt oder gar nicht vorbringt, in Wirklichkeit besteht. Weiß er dieses nicht, so enthält sein Verhalten zwar eine Täuschung, es ist aber objektiv, nicht subjektiv verwerflich; es fehlt das Moment der Arglist. Es genügt aber auch nicht das bloße Wissen des Täuschenden, daß sein Verhalten in einem anderen einen Irrtum erregt, sondern sein vorsätzliches Handeln muß sich als eine bewußt bösliche Willensäußerung darstellen, einzig und allein gerichtet auf die Täuschung des Vertragskontrahenten. Hierauf weist ja auch die Zusammensetzung des Wortes „arg"-listig hin. Das zur Anfechtung gemäß § 123 B.G.B. berechtigende widerrechtliche Moment, liegt mithin nicht in dem Worte „Täuschung", sondern in dem Worte„arglistig".

Daß der Täuschende die Absicht hat, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist nicht notwendig, eben-

sowenig ist erforderlich das Bewußtsein, das sein Verhalten eine Vermögensbeschädigung des anderen Teiles hervorrufen kann.[1]) Hierin unterscheidet sich eben der Tatbestand des civilrechtlichen Betruges von dem des strafrechtlichen, daß das Moment der Vermögensbeschädigung vollständig ausscheidet. Aus diesem Grunde verschlägt es auch nichts, daß der andere Teil zu seinem Besten getäuscht wurde. Freilich wird in solchen Fällen wohl selten jemand den Vertrag anfechten; trotzdem ist aber auch hier eine Anfechtung nicht ausgeschlossen. Auf diesem Standpunkte stehen unter anderen auch Örtmann und Weiß[2]), letzterer allerdings in seiner Begründung sich anscheinend widersprechend. Er sagt: „Die Absicht des Betrügers braucht weder auf eine Schädigung des Getäuschten noch auf die Verschaffung eines Vorteils gerichtet zu sein. Die Täuschung kann sogar den Vorteil des Getäuschten bezwecken. Allerdings wird in diesem Fall die Arglist fehlen." Dieser letzte Satz ist recht unverständlich; denn mit ihm nimmt Weiß scheinbar das vorher Gesagte wieder zurück. Sagt er zunächst, die Täuschung könne auch den Vorteil der anderen Partei bezwecken, und fügt er dann hinzu, daß hier die Arglist fehle, so müßte er logischerweise fortfahren: „Folglich ist keine Anfechtung gegeben." Denn diese hängt doch, wie wir sahen, wesentlich von dem Momente der Arglist ab. Indessen fehlt dieses garnicht in dem vorliegenden Falle. Das Arglistige der Handlungsweise liegt hier in der bewußt unberechtigten Einmischung in fremde Angelegenheiten, welche sich niemand gefallen zu lassen braucht. Es ist der Fall wohl denkbar, daß jemand trotz seines Vermögensvorteils den Vertrag anfechten wird, nur um dem anderen Teile zu verstehen zu

[1]) And. Ansicht: Rehbein: Allgemeiner Teil S. 148; er fordert das Bewußtsein möglicher Vermögensbeschädigung.

[2]) Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 380; Weiß „Kann der zum Vertragsschlusse durch die arglistige Täuschung Bestimmte nur das sogen. negative Interesse oder auch das sogen. Erfüllungsinteresse fordern?" Dissert Erlangen 1906, S. 2.

geben, daß er sich eine Einmischung in seine Angelegenheiten grundsätzlich verbitte.[1]) Außerdem ist ein guter Zweck auch nicht geeignet, einem an sich arglistigen Verhalten den verwerflichen Charakter zu nehmen.

Als eine weitere Folge des Umstandes, daß es sich beim civilrechtlichen Betrug nicht um eine Vermögensbeschädigung zu handeln braucht, ergibt sich die Tatsache, daß auch nichtökonomische Interessen berücksichtigt werden, z. B. ethische und ästhetische, ferner solche, die sich zwar auf wirtschaftliche Momente beziehen, aber keinen wirtschaftlichen Schaden ausgelöst haben.[2])

Wir haben im Vorhergehenden gesehen, daß das gesetzlich als verwerflich zu beachtende Moment des § 123 nicht in dem Worte „Täuschung", sondern allein in dem Worte „arglistig" zu suchen ist. Auf einem anderen Standpunkte steht Reuer[3]), der den Hauptnachdruck auf das Wort „Täuschung" legt und sagt, „daß man in dem Worte „arglistig" das rechtswidrige Moment nicht noch einmal zu suchen brauche", daß das Wort „arglistig" in dem § 123 B.G.B. nur soviel wie „vorsätzlich" bedeute. Reuer legt meines Erachtens zuviel Gewicht auf das in der „Täuschung" enthaltene objektiv verwerfliche Moment. Er sucht den inneren Rechtsgrund der Anfechtungsbefugnis gemäß § 123 B.G.B. in diesem Tatbestandsmerkmale. Da ihm hierbei das Wort „arglistig" unbequem ist, so sucht er seine Bedeutung abzuschwächen, indem er arglistig mit vorsätzlich vertauscht, macht sich hierbei aber einer äußerst gewillkürten Begriffsbestimmung schuldig; denn offensichlich bedeutet doch das Wort arglistig mehr als vorsätzlich. Sähe das Gesetz im § 123 B.G.B. bei der „arglistigen Täuschung" das verwerfliche Moment schon in dem Worte „Täuschung", so würde es ohne Zweifel nicht

[1]) Anderer Ansicht außer Rehbein auch v. Staudinger a. a. O. Bd. I, S. 402.

[2]) Vergl. hierzu Örtmann a. a. O. S. 379.

[3]) Vergl. Reuer, Dissertation Erlangen 1907. S. 21.

noch neben das Moment der Täuschung das der Arglist gesetzt haben, sondern es hätte sich dann sicherlich des Wortes „vorsätzlich“ bedient. Aber gerade daraus, daß das Gesetz es für notwendig hielt, das Wort „arglistig“ in den Tatbestand aufzunehmen, geht zur Genüge hervor, daß es bezüglich der Verwerflichkeit der Handlungsweise auf dieses Wort den Schwerpunkt legen will. Jedenfalls bleibt sich Reuer auch nicht treu, wenn er auf Seite 17 seiner Arbeit arglistig gleich rechtswidrig, und einige Seiten später gleich vorsätzlich bezeichnet.

Ad 2.) Das arglistige Verhalten des Täuschenden findet nur Beachtung, wenn es in seiner Betätigung eine bestimmte Richtung nimmt, nämlich zur Irrtumserregung führt. Weiter ist eine Anfechtung gemäß § 123 B.G.B. nur möglich, wenn und soweit der Getäuschte gerade durch die arglistige Täuschung zu der von ihm abgegebenen Willenserklärung veranlaßt worden ist, mit anderen Worten: es muß Kausalzusammenhang bestehen zwischen der arglistigen Täuschung und der Willenserklärung. Steht daher fest, daß der Getäuschte auch ohne das arglistige Verhalten den Kauf abgeschlossen haben würde, oder daß er den Kauf in Kenntnis des arglistigen Verhaltens abgeschlossen hat, so ist eine Anfechtung natürlich ausgeschlossen.

III. Die Voraussetzungen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 I B.G.B. speziell beim Verhandensein von Nebenmängeln eines Tieres.

Im Folgenden sollen nun die oben entwickelten Grundsätze auf das Gebiet der Nebenmängel angewandt und gezeigt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Kaufgeschäft bei arglistiger Täuschung über einen Nebenmangel gemäß § 123 I B.G.B. angefochten werden kann. Die Möglichkeit der Anfechtung gemäß § 123 I ist für den gesamten Viehhandel von großer Bedeutung;

denn es wird nirgends so viel Schwindel von unlauteren Elementen getrieben, wie gerade im Viehhandel. Wer einmal dem Betriebe auf einem Viehmarkte seine Aufmerksamkeit geschenkt hat, dem wird es aufgefallen sein, mit welchem Raffinement, mit welchem Aufgebot von Überredungskunst und Lobpreisung die Händler ihre Waren zu einem möglichst hohen, den Wert des Tieres übersteigenden Preise an den Mann zu bringen suchen. Am meisten leidet hierunter der kleine Landwirt, dessen Unerfahrenheit vielfach dazu ausgenutzt wird, ihm ein mangelhaftes Tier anzuhängen. Hier bildet dann der § 123 B.G.B. eine wirksame Handhabe, um den Getäuschten vor Nachteilen ganz oder doch wenigstens in erheblichem Maße zu bewahren. Schon oben habe ich hervorgehoben, daß die Vorschriften des § 123 B.G.B. nicht durch die Bestimmungen des Viehgewährschaftsrechtes ausgeschlossen werden. Soll ein Kauf wegen arglistiger Täuschung über einen Nebenmangel angefochten werden, so ist nach dem oben Entwickelten erforderlich, daß der Käufer in arglistiger Absicht in seinem Willen beeinflußt worden ist, und daß sich die von ihm abgegebene Willenserklärung als Erfolg dieser Beeinflussung darstellt. Es wird hierbei nicht immer zweifelsfrei sein, ob in einem bestimmten Falle auch wirklich ein arglistiges Verhalten auf Seiten einer Partei vorliegt. Hier wird man bloße Anpreisungen und Lobreden ausscheiden dürfen, allerdings nur so weit, als sie objektiv betrachtet auch als solche erkennbar sind. Man wird hier neben die Kenntnis des Getäuschten von ihnen auch ein Kennenmüssen stellen dürfen, für welches die Verkehrssitte unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben eine geeignete feste Begrenzung geben wird.

Die arglistige Täuschung kann sich nun bezüglich eines Nebenmangels in verschiedener Weise bemerkbar machen. Sie kann einmal darin bestehen, daß der Verkäufer etwas Nichtbestehendes als bestehend angibt. Der Pferdehändler schwindelt z. B. dem Käufer vor, das Pferd habe

schon mehrere Rennen gewonnen. Hier wird der Käufer anfechten können, wenn er nachweist, daß gerade diese Momente auf seinen Entschluß, den Kauf abzuschließen, von entscheidendem Einfluß gewesen seien.

Der Verkäufer kann aber auch dadurch, daß er in arglistiger Weise etwas Bestehendes als nicht vorhanden darstellt oder entstellt, den Käufer zum Abschluß des Vertrages bestimmen. Man denke an den Fall, daß jemand bei einem an sich weißen Pferde einige vorhandene schwarze Haare weiß färbt in der Absicht, das Tier als einen fehlerfreien Schimmel zu veräußern. Oder ein Viehhändler trifft sonstige Machinationen, um einen Käufer über etwaige vorhandene Fehler des Tieres hinwegzutäuschen. Auch hier kann der Käufer bei noch so arglistigem Verhalten des Verkäufers den Vertrag nur dann gemäß § 123 B.G.B. anfechten, wenn er nachweist, daß er gerade durch diese Manipulationen des Verhäufers zum Kaufabschluß bestimmt worden ist. Im obigen Beispiel wäre zu untersuchen, ob es dem Käufer mehr auf die reine Farbe als auf die kräftige Statur des Pferdes ankam. Weist er nach, daß er das Pferd lediglich zu dem Zwecke kaufen wollte, um es mit einem bereits bei ihm vorhandenen fehlerfreien Schimmel als Zwiegespann zu benutzen, und daß er bei Kenntnis der Täuschung den Kauf überhaupt nicht abgeschlossen habe würde, so wird man ihm unbedenklich die Anfechtung gemäß § 123 B.G.B. gewähren dürfen.

Wie ich schon oben andeutete, kann eine arglistige Täuschung auch durch Verschweigen eines Nebenmangels begangen werden, aber nur unter folgenden Voraussetzungen:

1. Der Verkäufer muß in Kenntnis des Fehlers diesen dem Käufer arglistig verschweigen, d. h. in dem böslichen Bewußtsein verheimlichen, in dem Käufer einen Irrtum bezüglich der Beschaffenheit zu erregen, bezw. einen vorhandenen Irrtum zu benutzen, und ihn so zum Abschlusse des Vertrages bewegen.

2. Es muß für den Verkäufer eine Verpflichtung zum Offenbaren des Fehlers bestehen.

3. Der Käufer muß tatsächlich durch die Täuschung zum Abschlusse des Kaufvertrages bestimmt worden sein.

Ad 1) Zunächst ist klar, daß man von einem Verschweigen nur dann reden kann, wenn jemand das nicht offenbart, was er weiß. Die Folge davon ist, daß der Verkäufer niemals einen anderen täuschen kann, wenn er das nicht offenbart, was er selbst nicht weiß. Im einzelnen Fall wird er natürlich schwer sein, festzustellen, ob der Verkäufer den Fehler gekannt hat oder nicht. Falls der Käufer gegen ihn vorgeht, wird er wohl meistens seine Kenntnis leugnen. Hier wird dann eine Prüfung der gesamten Umstände des Falles zu ergeben haben, ob wirklich Nichtkenntnis des Verkäufers vorliegt oder nicht. Auch wird, wie Beer[1]) mit Recht hervorhebt, der Richter, falls der Verkäufer seine Kenntnis leugnet, dem Käufer Gehör schenken müssen, wenn die Tatsachen einen hinreichenden Indizienbeweis dafür bereiten, daß der Verkäufer die ihm bekannten Mängel dem Käufer verschwiegen hat.

Gelingt indessen dem Käufer der Nachweis nicht, daß der Verkäufer den Fehler gekannt habe, so ist eine Anfechtung gemäß § 123 B.G.B. jedenfalls von vornherein ausgeschlossen. Deswegen ist aber der Käufer noch nicht ohne jeden Schutz. Kann er doch eventuell unter den oben im § 2 dieser Arbeit entwickelten Voraussetzungen den Kauf gemäß § 119 II B.G.B. anfechten; denn hierin ist der Tatbestand des § 119 II weiter als der des § 123 B.G.B. Im ersteren Fall ist, wie wir sahen, die Irrtumserregung nicht ausschließlich durch das Verhalten eines anderen bedingt, sondern kann durch alle nur irgend erdenklichen Momente verursacht werden. Andererseits ist der Tatbestand des § 119 II B.G.B. aber auch wieder enger;

[1]) Beer, Arglistiges Verschweigen, in der deutschen Juristenzeitung 1904. S. 92.

denn nach ihm ist eine Anfechtung nur gegeben bezüglich bestimmter Fehler, die nach den Anschauungen des Verkehres als besonders wichtig zu bezeichnen sind. Nach § 123 B.G.B. kann der Käufer anfechten, wenn er auch nur wegen eines geringfügigen Teiles der Leistung arglistig getäuscht worden ist. Ferner berechtigt hier auch ein Irrtum im Beweggrunde zur Anfechtung, während dieser nach § 119 II B.G.B. keine Beachtung findet.

Ad 2) Der Verkäufer muß ferner auch verpflichtet sein, dem Käufer einen bestimmten Nebenmangel zu offenbaren; denn der Verkäufer handelt nicht arglistig, wenn er einem anderen etwas verschweigt, bezüglich dessen er nicht zum Reden verpflichtet ist.[1]) Es erhebt sich demgemäß die Frage: Ist ein Verkäufer verpflichtet, dem Käufer einen Nebenmangel zu offenbaren, und unter welchen Voraussetzungen ist er hierzu verpflichtet? Stölzle[2]) verneint eine Offenbarungspflicht. Er sagt: „Der Verkäufer haftet für Nichthauptmängel nicht, er ist deshalb auch nicht verpflichtet, etwa vorhandene Nichthauptmängel dem Käufer zu offenbaren. Verschweigt der Verkäufer beim Handel einen Nichthauptmangel, so handelt er nicht arglistig im Sinne des Gesetzes.“ Zur Begründung führt Stölzle ferner an, daß das Reichsgericht für alle nach Gewährschaftsrecht erheblichen Mängel eine Offenbarungspflicht im Prinzip verneine, und daß deshalb zum mindesten auch für die Nebenmängel, die ja durch das Gewährschaftsrecht von der Haftung ausgeschlossen seien, keine Offenbarungspflicht bestehe.

Dieser Ansicht Stölzle's ist nicht beizustimmen; es macht keinen Unterschied, ob es sich um einen Haupt- oder Nebenmangel handelt. Die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenmängel ist doch nur von Bedeutung

---

[1]) Vergl. auch Rehbein a. a. O. S. 148.

[2]) Vergl. Stölzle: „Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels“, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 2. Jrgg. 1906. H. 22, S. 437.

für das Gebiet des Gewährschaftsrechtes, nicht aber für die Frage, ob wegen arglistigen Verschweigens gemäß § 123 B.G.B. angefochten werden kann. Die Ansicht Stölzle's entspricht eben seiner irrtümlichen Auffassung, daß es sich in den §§ 481 fg. B.G.B. gegenüber dem Anfechtungsrecht um Spezialvorschriften handele und daß dem § 482 B.G.B. eine absolute Fassung zukomme.[1])

Unter den gegebenen Voraussetzungen besteht für den Verkäufer auch beim Vorhandensein eines Nebenmangels die Verpflichtung zum Offenbaren eines solchen. Er kann hierzu verpflichtet sein einmal auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung oder eines besonderen Vertrauensverhältnisses gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben.[2]) Die Verpflichtung zum Offenbaren kann aber auch ohne ein solches besonderes Vertrauensverhältnis ganz allgemein nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bestehen. An sich kommen die Grundsätze von Treu und Glauben nur bei bereits bestehenden Verträgen in Betracht; so sagt § 157 B.G.B.: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", und § 242 B.G.B.: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Indessen wird man diese für den abgeschlossenen Vertrag geltenden Grundsätze auf Grund der Analogie auch auf die Verhältnisse zur Zeit des Abschlusses des Vertrages anwenden dürfen. Die ratio legis geht doch bei den §§ 157, 242 B.G.B. dahin, durch diese Vorschriften eine möglichst reelle und gerechte Auslegung der Verträge zu garantieren und unlauteren Machinationen entgegenzutreten. Was aber für die Auslegung bestehender

---

[1]) Gegen Stölzle auch Meisner, „Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf" in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906. II. Jrgg. No. 24, S. 469 fg.

[2]) Vergl. Reuer a. a. O., S. 22; Rehbein a. a. O., S. 148.

Verträge gilt, muß auch für deren Abschluß gelten; denn es wird nirgends so leicht wie hier unreellen und schlechten Elementen Gelegenheit geboten, wider Treu und Glauben ihre Ränke zu schmieden.[1])

Bei der Frage, wann nach Treu und Glauben ein Offenbaren zu erwarten ist, muß man in erster Linie die Verkehrssitte berücksichtigen, vorausgesetzt natürlich, daß es sich um eine auf reellen und anständigen Grundsätzen aufgebaute Verkehrssitte handelt. Hierbei wird ebenfalls wie in dem oben behandelten Falle des § 119 II B.G.B. nur die Anschauung desjenigen Geschäftskreises zu gelten haben, innerhalb dessen der Vertrag abgeschlossen worden ist. Hiernach wird aber ein Offenbaren nur dann erwartet, wenn es sich um objektive Tatsachen, um bestehende Zustände handelt, die der Verkäufer kennt. Handelt es sich um bloße Erwartungen, um Hoffnungen, Ansichten und Meinungen, so wird man eine Offenbarungspflicht im Prinzip nicht anerkennen können; denn es entspricht nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben, dem Verkäufer bezüglich solcher innerer Tatsachen eine Offenbarungspflicht aufzuerlegen. Erst wenn sich die Erwartungen und Hoffnungen zu Tatsachen verdichtet haben, kann im allgemeinen eine Offenbarungspflicht bestehen.[2]) Freilich kann es im konkreten Falle zweifelhaft sein, ob es sich wirklich noch um bloße Befürchtungen und Erwartungen handelt, oder ob diese nicht bereits als Tatsachen feststehen. Der Verkäufer wird das Letztere wohl meistens leugnen. Indessen wird auch hier dem Käufer ein Indizienbeweis zu gewähren sein, wenn die gesamten Umstände

---

[1]) Vergl. hierzu auch Örtmann a. a. O. Bd. I. S. 381.

[2]) Vergl. Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 381, der noch besonders darauf hinweist, daß es das ganze geschäftliche Leben, den naturgemäßen und berechtigten Vorsprung der Intelligenz und Sorgsamkeit in Frage stellen würde, falls man der Partei zumuten würde, solche subjektiven Momente preiszugeben." Vergl. auch Beer a. a. O. S. 90 fg., besonders S. 92 und die von ihm angeführten Reichsgerichtsentscheidungen.

für eine Kenntnis des Verkäufers sprechen. Dieses wird besonders dann der Fall sein, wenn feststeht, daß sich die Anzeichen des Fehlers oder der Krankheit für den Verkäufer erkennbar derart gehäuft haben, daß er als vernünftiger Mann den Mangel erkennen konnte und mußte.[1])

Ad 3) Hat der Verkäufer also dem Käufer einen Nebenmangel verschwiegen, den er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu offenbaren verpflichtet war, so kann der Getäuschte gemäß § 123 B.G.B. anfechten. Es ist aber naturgemäß hierbei zu beachten, ob das arglistige Verhalten des Verkäufers auch kausal für die Abgabe der Willenserklärung ist. Es ist vor allem erforderlich, daß Identität des verschwiegenen und des vom Käufer beanstandeten Fehlers besteht.[2]) Hat also der Verkäufer einen bestimmten Nebenmangel verschwiegen, der Käufer ficht aber wegen eines ganz anderen Fehlers an, den zu offenbaren der Verkäufer in keiner Weise verpflichtet war, so ist ihm die Anfechtung zu versagen. Dieses hat naturgemäß auch in allen Fällen zu gelten, in denen dem Käufer schon beim Abschlusse des Vertrages das Vorhandensein des Nebenmangels bekannt war, sei es auf Grund eigener Feststellung sei es auf Grund einer Information durch den Verkäufer;

---

[1]) Vergl. auch Schiedges: Zum arglistigen Verschweigen des Verkäufers. Dissertation-Bonn 1902. Er verneint im Prinzip jede Aufklärungspflicht des Verkäufers und verweist dabei auf Ihering's „Vermischte Schriften", wonach bei dem Kaufe der eigennützigen Verfolgung des eigenen Interesses keine Grenze gesetzt sei. Schiedges geht sogar soweit, selbst dort, wo der Käufer böswillig etwas verschweigt, den Käufer höchstens auf § 826 B.G.B. zu verweisen. Trotzdem weist er darauf hin, daß die Grundsätze von Treu und Glauben zur Anwendung zu gelangen hätten. Es ist aber doch klar, daß ein nach § 826 B.G.B. als unsittlich zu betrachtendes Verhalten auch immer gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen wird, und daß derjenige, der sich für die Anwendbarkeit des § 826 ausspricht, auch im Falle des § 123 eine Offenbarungspflicht nicht verneinen darf.

[2]) Vergl. auch Süßheim: Rechtsfolgen arglistigen Verschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete, in Seuffert's Archiv Bd. 66 1901 Seite 205.

denn hier kann er ja unmöglich durch ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers zur Abgabe seiner Willenserklärung bestimmt worden sein.

IV. Der besondere Fall des § 123 Absatz II B.G.B.

Bisher haben wir die Fälle betrachtet, in denen sich der Verkäufer selbst als Urheber der arglistigen Täuschung darstellt. Es sind aber vom Gesetze auch noch die Fälle berücksichtigt, in denen ein anderer als dieser die Täuschung verübt hat. Gerade diese werden beim Viehhandel recht häufig sein. Es ist z. B. denkbar, daß ein Viehhändler seine „Helfershelfer" bei sich hat. Diese machen sich an den Käufer heran, unterwerfen „ganz unbefangen" und „aus bloßer Freundschaft" für ihn das Tier einer näheren Untersuchung und halten es natürlich stets für „ganz vorzüglich und für den geforderten Preis viel zu billig." Vielleicht nehmen sie auch selbst die Vertuschungen vor, um dem Verkäufer so Gelegenheit zu geben, sich als vollkommen unbefangen und „selbst schmählich hintergangen" hinzustellen. Solchem unsauberen Treiben Einhalt zu gebieten, gewährt der § 123 Abs. II B.G.B. eine wirksame Handhabe. Die Voraussetzungen, unter denen ein Kauf wegen arglistiger Täuschung eines Dritten angefochten werden kann, sind im wesentlichen dieselben wie die oben bezüglich Absatz I entwickelten. „Dritter" im Sinne des Absatzes II ist nur eine Person, die zu dem ganzen Rechtsgeschäft in keinem Verhältnis steht. Es scheiden daher als „Dritte" aus der Vertreter und der Cedent, der seine Vertragsrechte an einen anderen cediert hat. Für diese kommt § 123 II B.G.B. nicht in Betracht.[1])

Das Rechtsgeschäft kann nur dann vom Käufer angefochten werden, wenn der Verkäufer die Täuschung des Dritten kannte oder kennen mußte.

---

[1]) Vergl. auch Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 381.

Erwirbt ein Dritter, am Vertrage Unbeteiligter, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht, z. B. durch Versprechen der Leistung an einen Dritten gemäß § 328 B.G.B., so kann auch diesem gegenüber die Erklärung gemäß § 123 Absatz II Satz 2 B.G.B. angefochten werden, aber auch hier nur unter der Voraussetzung, daß er die Täuschung kannte oder kennen mußte.

Es ist zu beachten, daß auch hier der Beweis, der Verkäufer habe den Fehler gekannt oder kennen müssen, dem Käufer obliegt. Es ist klar, daß der Beweis des Kennens oder Kennenmüssens als einer inneren Tatsache in den meisten Fällen recht schwer fallen wird. Auch hier wird dem Käufer nach Maßgabe der besonderen Umstände ein Indizienbeweis nicht zu verwehren sein.

Aus allem ergibt sich, daß der Käufer sich beim Abschlusse eines Viehkaufes davor hüten soll, dritten unbekannten Personen allzusehr zu trauen, daß er sich vielmehr besser auf seine eigene Untersuchung und sein eigenes Urteil verläßt.

V. Arglistige Täuschung beim Mitwirken eines Vertreters.

Schließlich sind noch einige Fälle zu behandeln, in denen auf der einen oder anderen Seite ein Vertreter beim Kaufabschluß mitwirkt; denn gerade beim Viehhandel sind Geschäfte, die von einem Vertreter abgeschlossen werden, äußerst zahlreich. Es ist dem Landwirt z. B. nicht immer möglich, einen weit entfernten Viehmarkt zu besuchen. Hier wird er dann sein Vieh einem anderen zum Verkaufe anvertrauen. Ein solcher Vertreter kann im eigenen Namen und für fremde Rechnung oder im fremden Namen und für fremde Rechnung handelnd auftreten.

Im ersten Falle kommen die Grundsätze über die sogenannte mittelbare oder indirekte Stellvertretung zur Anwendung. Diese hat im Bürgerlichen Gesetzbuche keine

besondere Regelung gefunden, folgt vielmehr den allgemeinen Vorschriften. Ein Haupttypus dieses Rechtsgebildes ist das im Handelsgesetzbuch in den §§ 383 fg. geregelte Kommissionsgeschäft. Ein solches betreibt nach § 383 H.G.B., „wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen." Durch den Abschluß des Vertrages wird nur der Kommissionär, nicht der Kommittent dem Vertragsgegner gegenüber verpflichtet. Alle aus dem Vertrage sich ergebenden Rechtsverhältnisse richten sich nur nach der Person des Kommissionärs. Tritt dieser als Verkäufer auf, so kommt nur sein arglistiges Verhalten in Betracht, nicht aber dasjenige des Kommittenten. Äußerst peinlich gestaltet sich daher für den Vertragsgegner die Situation, wenn der Kommissionär selbst von dem Kommittenten arglistig getäuscht worden ist. Hier kann er zunächst auf Grund des 123 I B.G.B. gegen den Kommissionär nicht vorgehen; — denn dieser kann garnicht arglistig gehandelt haben, da er ja selbst über den Nebenmangel getäuscht worden ist. — Faßt man den Kommittenten als „Dritten" auf, — diese Stellung kommt ihm zweifellos zu — so kann der Käufer gegen den Verkäufer auch gemäß § 123 Absatz II B.G.B. nicht anfechten; denn der Kommittent hat ja nicht den Käufer, sondern den Kommissionär getäuscht.

Aber auch gegenüber dem Kommittenten kann der Käufer den Vertrag gemäß § 123 Absatz I B.G.B. nicht anfechten; denn der Kommittent ist nicht Vertragspartei. Auch § 123 II Satz 2 kommt nicht in Frage; denn der Kommittent erwirbt den gekauften Gegenstand nicht unmittelbar, sondern es bedarf von seiten des Kommissionärs stets noch eines besonderen Rechtsaktes, um den gekauften Gegenstand dem Kommittenten zu vermitteln.

Tritt andererseits der Kommissionär als Käufer auf, so richtet sich ebenfalls die Frage, ob der Vertrag durch arglistige Täuschung zum Abschlusse gekommen ist, nach

der Person des Kommissionärs. Dieser allein ist anfechtungsberechtigt, es sei denn, daß er seine Rechte an den Kommittenten cediert hat.

Anders verhält es sich, wenn der Vertreter im fremden Namen und für fremde Rechnung handelnd auftritt. Hier kommen die Vorschriften der §§ 164 fg. B.G.B. in Betracht. Wir haben folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Es hat jemand für den Verkäufer den Vertrag als Vertreter abgeschlossen. In diesem Fall ist er nicht, wie wir oben sahen, etwa ein „Dritter", sondern er repräsentiert die Geschäftspartei. Die Folge hiervon ist, daß es darauf, ob der Vertretene die arglistige Täuschung kannte oder kennen mußte, garnicht ankommt.[1]) Vielmehr ist, falls sich der Vertreter beim Abschlusse des Vertrages eine arglistige Täuschung zu schulden kommen läßt, der Anfechtungsgegner doch in allen Fällen der Vertretene; denn es gelangen hier eben nicht die Vorschriften des § 123 Abs. II B.G.B., sondern die des § 164 Abs. I B.G.B. zur Anwendung. Hiernach wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.

Es wird sich nun für den Käufer nicht immer ohne Weiteres ergeben, ob sein Vertragsgegner im fremden oder eigenen Namen handelt. Es ist nach § 164 I B.G.B. nicht erforderlich, daß dieser seine Vertretereigenschaft ausdrücklich zu erkennen gibt. Diese kann sich auch aus den Umständen ergeben. Beweist aber der Käufer, daß sein Vertragsgegner seine Vertretereigenschaft beim Abschlusse des Vertrages nicht zu erkennen gegeben hat, daß auch die Umstände nicht auf eine solche haben

[1]) Verg. auch Örtmann a. a. O. Bd. I S. 382.

schließen lassen, so gilt ihm gegenüber der Vertreter als wirkliche Vertragspartei; denn dann kommt § 164 Abs. II B.G.B. zur Anwendung, wonach, falls der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt, der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt.

2. Es ist ein Vertreter des Käufers vom Verkäufer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden. In diesem Falle kann der Vertretene anfechten; denn es gilt hier das zu 1., bezüglich des § 164 Abs. I B.G.B. Gesagte gemäß § 164 Abs. III B.G.B. Soweit aber die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch das Kennen oder Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt gemäß § 166 B.G.B. nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht. Hat also der Vertretene den Nebenmangel nicht gekannt, dagegen der Vertreter sehr wohl, so kann nicht angefochten werden. Umgekehrt kann der Vertretene den Vertrag gemäß § 123 B.G.B. anfechten, auch wenn er selbst die arglistige Täuschung kannte, sofern er nur nachweist, daß der Vertreter durch die Täuschung zum Abschlusse des Vertrages bestimmt worden ist. Hiervon gibt es eine Ausnahme. Hat nämlich der Vertreter im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht. (Vergl. § 166 Abs. II B.G.B.) Durch diese Vorschriften werden die Fälle des § 166 Abs. I B.G.B. wesentlich eingeengt. Hat also der A dem B den Auftrag erteilt, bei dem C für ihn ein Pferd zu kaufen, und weiß A, daß der C als ein gewissenloser Mensch sicherlich den B in arglistiger Weise täuschen

wird, so kann er sich, falls er später gemäß § 123 B.G.B. dem C gegenüber anficht, nicht darauf berufen, B habe die arglistige Täuschung nicht gekannt. Hat aber umgekehrt A den B bloß beauftragt, für ihn ein Pferd zu kaufen, und wird B von dem C, zu dem er sich aus eigenem Antriebe begeben hat, arglistig getäuscht, so kann C dem A, falls dieser anficht, nicht entgegenhalten: „Du wußtest, daß ich so handeln würde!" Denn B folgte ja, als er zu C ging, nicht den Weisungen des A. Wußte dieser zwar im allgemeinen, daß C als ein gewissenloser und betrügerischer Mensch bekannt war, so konnte er sich doch in dem konkreten Falle nicht sagen, daß B gerade zu diesem Manne gehen würde.

3. Sind auf beiden Seiten Vertreter tätig, so kann im Falle arglistiger Täuschung eine Anfechtung nur von dem vertretenen Käufer dem vertretenen Verkäufer gegenüber erfolgen. Es findet hier das zu 1. und 2. Gesagte entsprechende Anwendung.

4. Schließlich sind noch Fälle denkbar, in denen ein Dritter die Täuschung verübt hat. Hat er den Vertreter des Käufers arglistig getäuscht, so kann der Käufer gemäß § 123 II B.G.B. nur dann anfechten, falls der Verkäufer die Täuschung kannte oder kennen mußte. Hat andererseits der Käufer, durch einen Dritten getäuscht, seine Erklärung einem Vertreter des Verkäufers gegenüber abgegeben, so kommt es nicht etwa darauf an, ob der Vertreter die Täuschung kannte, sondern darauf, ob der Vertretene sie kannte. Es gelangt hier der § 123 II Satz 2 zur Anwendung: „Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte."[1])

[1]) Vergl. auch Staudinger a. a. O. Bd. I zu § 123 B.G.B.

§ 4.

Kann der Käufer beim Vorhandensein eines Nebenmangels Ersatz des ihm hieraus entstehenden Schadens verlangen?

I. Allgemeines.

In all' den bisher betrachteten Fällen haben wir gesehen, daß der Käufer eines mit einem Nebenmangel behafteten Tieres unter den gegebenen Voraussetzungen sei es im Wege der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. sei es durch Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 B.G.B. die Aufhebung und Nichtigkeit des ihm mißlichen Vertrages herbeiführen kann. Dadurch, daß er nicht mehr an die Bestimmungen des Vertrages gebunden ist, hat er gewiß manchen Vorteil. Aber er wird in vielen Fällen auch außerdem oft Schaden z. B. große Unkosten gehabt haben. Es sind hier an erster Stelle die Unkosten zu erwähnen, die bei der Wandelung wegen eines Hauptmangels der Verkäufer gemäß § 488 B.G.B. ohne Weiteres zu ersetzen hat; es sind dieses die Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung und der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres. Ferner kann dem Käufer dadurch ein Schaden entstanden sein, daß das mit einer ansteckenden Krankheit behaftete Tier auch seinen übrigen Viehbestand infiziert und so dessen Wert in erheblicher Weise herabgesetzt hat. Man denke an den Fall, daß der Käufer ein an Tuberkulose erkranktes Pferd gekauft hat, und es sich bald nach dem Kaufe herausstellt, daß auch seine übrigen, bisher gesunden Pferde an dieser Seuche erkrankt sind. Der Schaden kann auch im entgangenen Gewinn bestehen. Der Käufer hatte gehofft und Aussicht gehabt, mit dem Tiere ein gutes Geschäft zu machen. Oder der Schaden besteht schließlich darin,

daß der Käufer gezwungen ist, einen Deckungskauf unter ungünstigeren Bedingungen abzuschließen.

Wir sehen, daß der Schaden des Käufers mannigfacher Art sein kann, bald größer bald geringer, und es erhebt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer diesen durch das Vorhandensein des Nebenmangels entstandenen Schaden ersetzt verlangen kann und in welchem Umfang gegebenenfalls dieser Schaden zu ersetzen ist.

II. Die Voraussetzungen des Schadensersatzes.

Bei der Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Käufer Ersatz seines Schadens verlangen kann, sind zunächst die Fälle, in denen der Verkäufer den Schaden verursacht hat, von denen zu scheiden, in denen sich ein Dritter als Urheber desselben darstellt. Hier sollen zunächst die ersteren Fälle erörtert werden.

Auf Grund der Vorschriften über das Viehgewährschaftsrecht kann der Käufer beim Vorhandensein eines Nebenmangels von dem Verkäufer keinen Schadensersatz verlangen; denn wie wir schon oben sahen, hat der Verkäufer nach § 482 B.G.B. nur Hauptmängel zu vertreten. Er fragt sich, ob sich vielleicht aus § 276 B.G.B. eine Schadensersatzpflicht ergibt. Nach diesem Paragraphen hat der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Es ist in der Literatur nicht unbestritten, ob derjenige, der vorsätzlich handelt oder die im Verkehre erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt, für den daraus entstehenden Schaden ersatzpflichtig ist und ob die Worte des § 276: „ . . . hat zu vertreten“ soviel bedeuten, wie „ . . hat Schadensersatz zu leisten.“ Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß dort, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, die sich aus § 276 B.G.B ergebende

Haftung in einer Verpflichtung zum Schadensersatze besteht.[1]) Allerdings wird hierbei die Einschränkung gemacht, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit nur dort zum Schadensersatze verpflichten, wo auf Grund des betreffenden Rechtsbehelfes die Folgen des Verschens überhaupt zu vertreten sind.[2]) § 276 B.G.B. regelt selbst nicht die Folgen des Verschuldens, er gibt nur bestimmte Verschuldungsformen an, die dort maßgebend sind, wo bei einem Rechtsverhältnisse ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners zu vertreten ist. Wird daher z. B. beim Kaufrechte kraft positiver gesetzlicher Vorschrift bestimmt, daß für einen Mangel nicht gehaftet wird, so kommt § 276 B.G.B. überhaupt nicht zur Anwendung; es kann dann keine Schadensersatzpflicht nach Kaufrecht bestehen. § 276 B.G.B. kann also niemals für sich allein, sondern immer nur in Verbindung mit einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung einen Schadensersatzanspruch begründen. Durch die Vorschriften des § 482 B.G.B. ist bei den im § 481 bestimmten Tieren jegliche Haftung für Nebenmängel ausgeschlossen. Mithin kann auch der § 276 B.G.B. nicht zur Anwendung gelangen. Hat der Verkäufer vorsätzlich oder fahrlässig sei es durch arglistige Täuschung beim Abschlusse des Vertrages sei es durch nachfolgendes schuldhaftes Verhalten und dementsprechende mangelhafte Leistung dem Käufer einen Schaden zugefügt, so ist dieser deshalb nicht rechtlos gestellt; vielmehr kann er unter den gegebenen Voraussetzungen seinen Anspruch auf die Vorschriften über die unerlaubte Handlung, auf §§ 823, 826 B.G.B. stützen.

---

[1]) Vergl. v. Staudinger, Kommentar, zu § 459 Vorbem. 5 e S. 498 fg.; Staub Kommentar zum H.G.B. 1900 Anm. 11 zu § 347 S. 1059 fg.; Krückmann, Anfechtung S. 103 fg.; Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkaufe oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatze nach Vertragsrecht, im Recht 1907 S. 541 fg., 576 fg.; Anderer Ansicht: Werner; Streitfragen aus dem Gebiete des Wandlungsrechtes im Recht 1907 S. 476 fg.

[2]) Vergl. Staub a. a. O. S. 1059; Krückmann, Anfechtung S. 112.

Diese Paragraphen werden durch die Bestimmungen über das Viehgewährschaftsrecht ebensowenig ausgeschlossen, wie die §§ 119, 123 B.G.B.

Nach § 823 B.G.B. ist derjenige, welcher vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

Nach § 826 B.G.B. ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Auf den ersten Blick zeigt sich uns, daß zunächst nach diesen Paragraphen nur derjenige zum Schadensersatze verpflichtet ist, der schuldhafter Weise, durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit, den Schaden eines anderen verursacht hat. Sodann ergibt sich aus der allgemeinen Fassung: „Wer . . . . . ", daß nicht nur der Verkäufer, sondern jede dritte Person, sofern sie nur durch ihr schuldhaftes Verhalten dem Käufer einen Schaden verursacht hat, nach §§ 823, 826 B.G.B. als schadensersatzpflichtig in Betracht kommt. Freilich sind die Verschuldungsgrade nicht immer dieselben, indem bald Vorsatz und Fahrlässigkeit, bald nur Vorsatz Beachtung finden.

Das schuldhafte Verhalten des Verkäufers wird wohl meistens darin bestehen, daß er den Käufer beim Abschlusse des Vertrages arglistig über einen Nebenmangel täuscht. Daher soll zunächst dieser Fall betrachtet werden.

Wann eine arglistige Täuschung im Einzelfall vorliegt, habe ich in § 3 dieser Arbeit darzulegen versucht. Selbstverständlich wird dieselbe nur dann auch zum Schadens-

ersatze verpflichten, wenn und soweit alle Voraussetzungen der §§ 823, 826 gegeben sind. Nach diesen Paragraphen ist allgemein erforderlich, daß der Schaden des Käufers auf ein Verschulden des Verkäufers als Ursache zurückzuführen ist. Dagegen bezieht sich bei der arglistigen Täuschung der Vorsatz des Verkäufers zunächst nicht notwendig auf eine Vermögensbeschädigung des Käufers, sondern auf eine Täuschung desselben und auf den dadurch bedingten Abschluß des Vertrages. Wir sahen oben, daß der Käufer auch dann anfechten kann, wenn er zu seinem Vorteil getäuscht worden ist. Es werden demgemäß diese Fälle für unsere folgenden Betrachtungen ausscheiden müssen.

A. Die Voraussetzungen des § 823 Absatz I B.G.B. sind Verschulden, Verursachung, Widerrechtlichkeit und Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes. Steht fest, daß der Verkäufer den Käufer durch arglistige Täuschung über einen Nebenmangel in der Absicht der Schadenszufügung zum Abschlusse eines Vertages veranlaßt hat, so sind hiermit, soweit es sich um Verschulden, Verursachung und Widerrechtlichkeit handelt, auch die Voraussetzungen des § 823 Absatz I B.G.B. gegeben. Wie wir oben sahen, enthält das Moment der Arglist auch stets das des Vorsatzes. Das arglistig täuschende Verhalten des Verkäufers wird auch stets widerrechtlich sein; denn widerrechtlich ist jede Handlung, durch die eine fremde Rechtssphäre verletzt wird, es sei denn, daß für die Vornahme der Handlung ein Recht besteht. Eine andere Frage ist, ob durch die arglistige Täuschung auch ein bestimmtes Rechtsgut verletzt wird. § 823 I B.G.B. gewährt einen Schadensersatzanspruch nur dann, wenn das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht verletzt sind. Unter die sonstigen Rechte fallen alle durch das Privat- oder öffentliche Recht geschützten subjektiven Rechte z. B. Urheber-, Erfinder- und Namensrechte. Ein Vermögensschaden findet gemäß § 823 I B.G.B. nur

insoweit Berücksichtigung, als er durch die Verletzung eines der näher bestimmten Rechtsgüter entstanden ist. Nun wird der Schaden des Käufers, der ein mit einem Nebenmangel behaftetes Tier gekauft hat, meistens ein direkter Vermögensschaden sein; nur ausnahmsweise wird eine Verletzung seines Eigentums vorliegen, wenn nämlich der Nebenmangel in einer ansteckenden Krankheit besteht und noch andere, bis dahin gesunde Tiere des Käufers durch das kranke infiziert worden sind. In derartigen Fällen wird zwar meistens der Verkäufer nicht eine vorsätzliche Verletzung des Eigentums erstreben, wohl aber handelt er fahrlässig, wenn er in Kenntnis der ansteckenden Krankheit das Tier verkauft, da er sich sagen muß, daß unter Umständen auch andere Tiere des Käufers durch das verseuchte infiziert werden können. Gegebenenfalls kann auch eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit in Betracht kommen, wenn nämlich der Verkäufer, wissend, daß ein Pferd ein Schläger sei, dieses verkauft, und der Käufer später durch das Tier verletzt wird.

B. Nach § 823 Absatz II ist derjenige schadensersatzpflichtig, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ob als Verschulden Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Betracht kommen, richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes, gegen welches das Verhalten des Ersatzpflichtigen verstößt. Immerhin ist ein Verschulden erforderlich. Daher bestimmt § 823 Abs. II Satz 2 B.G.B.: „Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“ Die Frage, was unter einem Schutzgesetze des § 823 Abs. II B.G.B. zu verstehen sei, ist in der Literatur sehr bestritten. Unter Schutzgesetzen sind solche gesetzliche Vorschriften zu verstehen, welche die Allgemeinheit schützen wollen. Solche Schutzgesetze finden sich vorwiegend im Strafrecht. Man denke an die Vorschriften über den Diebstahl, die

Unterschlagung, den Betrug usw.[1]) Sie haben den Zweck, zum Schutze des einen eine Handlung des anderen zu verbieten. Jedoch ist zu beachten, daß unter die Gesetze, welche die Allgemeinheit schützen, nicht solche fallen, die nur dem Schutze des Staatswesens als juristischer Persönlichkeit dienen.[2])

Bezüglich der arglistigen Täuschung kommen hier besonders die Vorschriften über den Betrug in Betracht. Nach § 263 St.G.B. wird derjenige, welcher in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wegen Betruges mit Gefängnis bestraft.

Auf Grund dieses Paragraphen in Verbindung mit dem § 823 II B.G.B. kann der Käufer, falls die arglistige Täuschung des Verkäufers mit einer Schadenszufügung verbunden war, Ersatz seines Schadens von diesem verlangen, und zwar ist ihm nach diesen Paragraphen ganz allgemein sein Vermögensschaden zu ersetzen. Der Käufer wird also, falls er seine Ansprüche sowohl auf Absatz I als auch auf Absatz II des § 823 B.G.B. stützen kann, gut daran tun, gemäß Abs. II vorzugehen, da er hiernach Ersatz seines gesamten Vermögensschadens verlangen kann.

---

[1]) Vergl. hierzu v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches 1898; ferner Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 111. Weyl: Das Verschulden und die verwandten Begriffe, im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. XIV, S. 256; Linckelmann: Die Schadensersatzpflicht aus der unerlaubten Handlung nach dem B.G.B. S. 26 fg.; Lenel: Der Begriff der unerlaubten Handlung im bürgerlichen Gesetzbuche, in der deutschen Juristenzeitung Jgg. 1897, Nr. 21, S. 409.

[2]) Vergleiche hierzu besonders Örtmann, a. a. O. Bd. II, S. 496; ferner die Protokolle Bd. II, S. 569: „ . . . . . es kommen nicht solche Gebote und Verbote in Betracht, welche, weil sie den Interessen aller förderlich sind, auch jedem irgendwie Beteiligten zu gute kommen.“ Ebenso Cosack, Lehrbuch Bd. I § 163 II 2 a. Crome, Lehrbuch Bd. II § 326 unter 3; Eck a. a. O. S. 603 fg.

C. Einen derartigen Ersatz gewährt aber gegebenenfalls auch der § 826 B.G.B. Voraussetzungen dieses Paragraphen sind Verschulden, Verursachung und Verstoß gegen die guten Sitten. Das Moment des Verschuldens kommt hier nur als Vorsatz in Betracht. Von Wichtigkeit ist besonders die Frage, wann ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt und, was überhaupt unter guten Sitten zu verstehen ist. Mit Recht weist Örtmann darauf hin, daß sich das, was unter „guten Sitten" zu verstehen sei, leichter fühlen als in eine feste Formel bringen läßt.[1]) Eine allgemeine und für alle Zeiten gültige Moral gibt es nicht,[2]) vielmehr ist dieser Begriff bei allen Völkern und Nationen der Welt mehr oder weniger verschieden und zu allen Zeiten verschieden gewesen. Innerhalb einer Nation ist aber in erster Linie maßgebend das herrschende Volksbewußtsein, „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen."[3]) Da es einen absoluten Maßstab für den Begriff „gute Sitten" nicht gibt, wird in allen Fällen die Prüfung, ob eine Handlung sittenwidrig ist, dem Richter obliegen. Er muß in erster Linie die besonderen Umstände des konkreten Falles berücksichtigen, insbesondere aber auch die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises, wenn sich in ihm die herrschende Sitte ausprägt, beachten.[4]) So muß er bezüglich des Geschäftsverkehres die Sitten des Kreises in Betracht ziehen, innerhalb dessen das Geschäft abgeschlossen worden ist, allerdings nur soweit als sie nicht mit dem herrschenden Volksbewußtsein im Widerspruch stehen;[5]) denn es kann innerhalb eines

---

[1]) Verg. auch Örtmann a. a. O. Bd. II. S. 954

[2]) Vergl. v. Staudiger a. a. O. Bd. I, S. 445.

[3]) Vergl. hierzu auch die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 48, Seite 124 fg., besonders Seite 125.

[4]) Vergl. die zitierte Reichsgerichtsentscheidung S. 125.

[5]) Anderer Ansicht v. Staudinger a. a. O. Bd. I, S. 445, der allein die Anschauungen eines bestimmten sozialen Kreises gelten läßt, nicht aber diejenige des Volksganzen, innerhalb dessen über dasselbe Handeln in den verschiedenen sozialen, religiösen und ständischen Gruppen verschiedene ethische Vorstellungen herrschen können.

bestimmten Kreises sehr wohl eine sogenannte „gute“ Sitte bestehen, die sich nach dem Volksbewußtsein als wahre Unsitte darstellt. Besonders im Viehhandel werden manche derartige „gute“ Sitten zu finden sein, die mit dem rechtlichen Bewußtsein des Volkes nicht harmonieren. Hierher wird man z. B. überlaute Anpreisungen und Lobreden rechnen müssen. Während man aber solche in gewissen Kreisen herrschende laxe Anschauungen und Gepflogenheiten nicht als „gute Sitten“ bezeichnen kann, darf man andererseits auch nicht als Maßstab für die sittliche Qualität einer Handlungsweise die vornehme Denkungsart einzelner Menschen heranziehen.[1]) Man muß stets darauf achten, dem berechtigten Interessenkampf, der gerade im Geschäftsverkehr besonders scharf hervortritt, einen möglichst weiten Spielraum zu gewähren.

Eine arglistige Täuschung des Käufers über einen Nebenmangel beim Vertragsschluß wird stets wider die guten Sitten verstoßen, und selbst wenn auch beim Viehhandel von den beteiligten Kreisen ein derartiges Verhalten in gewisser Beziehung durchaus nicht immer als sittenwidrig angesehen wird, so bildet es doch immerhin nach dem herrschenden Volksbewußtsein einen Verstoß gegen die guten Sitten; denn dieses ist in erster Linie maßgebend.

Der Käufer kann also, falls er arglistig getäuscht worden ist, unter den gegebenen Voraussetzungen seinen Schadensersatzanspruch sowohl auf § 823 als auch auf § 826 B.G.B. stützen.

Es kann aber auch der Verkäufer dem Käufer dadurch einen Schaden verursacht haben, daß das verkaufte Tier in der Zeit zwischen dem Vertragsschluß und dem Gefahrübergang durch sein Verschulden einen Nebenmangel erhielt. Dieser Schaden kann auf Vorsatz beruhen; z. B. der Verkäufer trifft Manipulationen, durch

[1]) Vergl. die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 58, S. 217.

welche das Tier lahm wird. In den meisten Fällen wird der Verkäufer einen Nebenmangel aber fahrlässiger Weise verschulden. Er stellt z. B. das verkaufte Pferd in einem Stalle unter, von dem er weiß oder bei Beobachtung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt wissen muß, daß er durch Tuberkulose verseucht ist. Oder er reitet das Pferd so unsinnig, daß es einen Bruch erhält. Auch hier können, wie ich schon oben hervorhob, nur die Bestimmungen über die unerlaubte Handlung in Betracht kommen. Die oben bezüglich der arglistigen Täuschung beim Vertragsschlusse entwickelten Grundsätze finden entsprechende Anwendung.

Schließlich sind noch solche Fälle denkbar, in denen der Schaden nicht vom Vertragskontrahenten, dem Verkäufer selbst, sondern von einem Dritten, am Vertrage Unbeteiligten ausgeht. Gerade für diese Fälle erweisen sich die Vorschriften über die unerlaubte Handlung als äußerst wertvoll, besonders dort, wo das zum Schadensersatze verpflichtende Verhalten des Dritten in einer arglistigen Täuschung besteht. Diese Fälle sollen auch hier zunächst betrachtet werden. Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so kann der Käufer, wie wir oben sahen, gemäß §§ 123 II B.G.B. nur dann anfechten, wenn diese auch dem Verkäufer bekannt war oder bekannt sein mußte. Kannte der Verkäufer die Täuschung nicht, so ist der Käufer allein auf den Drittten angewiesen, der, ebenso wie der Verkäufer in den obigen Darlegungen unter A bis C gemäß §§ 823, 826 B.G.B. schadensersatzpflichtig ist.

Es ist aber noch folgender Fall zu erwägen: A hat ein tuberkulöses Pferd und möchte dieses gern veräußern. Da er den Fehler kennt und deshalb bei der Gefährlichkeit der Krankheit nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu einem Offenbaren verpflichtet wäre, übergibt er das kranke Pferd dem B, ohne ihn über dessen Zustand aufzuklären mit dem Auftrage, es an einen anderen im eigenen Namen, aber für Rechnung des A zu verkaufen.

B, der die Krankheit nicht kennt, sie auch nicht erkennen kann, verkauft im guten Glauben, daß das Tier gesund sei, dieses an den C im eigenen Namen, aber für Rechnung des A. Stellt C später die Krankheit fest, so kann er zunächst gegen den B gemäß § 123 B.G.B. nicht anfechten; denn dieser hat ihn garnicht arglistig getäuscht. Er kann von B auch keinen Schadensersatz verlangen; denn den B trifft kein Verschulden.[1]) Es fragt sich, ob er nicht vielleicht gegen A vorgehen kann. Anfechten kann er ihm gegenüber nicht; denn er ist nicht Vertragspartei. Auch hat A dem C unmittelbar keinen Schaden zugefügt. Dennoch aber läßt sich eine Schadensersatzpflicht des A dem C gegenüber herleiten, und zwar aus dem Gesichtspunkte der mittelbaren Selbsttäterschaft. Zwar hat A nicht ausdrücklich selbst den C getäuscht; aber indem er den B über die Krankheit im Unklaren ließ, hat er diesen gleichsam als Werkzeug seines betrügerischen Willens benutzt, sodaß in Wirklichkeit er als der eigentliche Täter zu gelten hat und ihm z. B. ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 263 St.G.B. zur Last fällt. Eine derartige Auffassung entspricht auch den Bedürfnissen des Verkehres; denn sonst würde im Viehhandel für den Käufer jede Garantie und Sicherheit fehlen, daß er nicht eventuell erheblichen Schaden leidet. Es brauchte jemand nur sein krankes Tier einem anderen, der die Krankheit nicht kennt, sie auch nicht erkennen kann, in Kommission zu geben; der Dritte wäre der Geschädigte. Selbst aber für den Fall, daß den Kommissionär Fahrlässigkeit träfe, könnte der Käufer von ihm nur gemäß § 823 I B.G.B. Schadensersatz wegen Verletzung seines Eigentums, z. B. Infizierung seines übrigen Viehbestandes verlangen. Ein

[1]) Allenfalls kann er eventuell dem B gegenüber gemäß § 119 II B.G.B. anfechten, wenn nämlich der Nebenmangel eine Eigenschaft ist, die im Verkehre als wesentlich gilt. Hier ist aber dann gerade er dem B zum Schadensersatze gemäß § 122 B.G.B. verpflichtet.

Ersatz seines direkten Vermögensschadens bliebe ihm trotzdem versagt. Hier gibt das Prinzip der mittelbaren Selbsttäterschaft eine geeignete Handhabe, um den eigentlichen Urheber für sein arglistiges Verhalten haftbar zu machen.

Schließlich kann aber auch ein Dritter dem Tiere in der Zeit zwischen dem Vertragsschluß und dem Gefahrübergang einen Nebenmangel schuldhaft zugefügt haben. Ist dieser ein Angestellter des Verkäufers, so haftet dieser dem Käufer eventuell gemäß § 831 B.G.B. Ist der Dritte aber eine fremde, unbeteiligte Person, so fragt es sich, auf welche Weise der Käufer hier Ersatz seines Schadens verlangen kann. Der Verkäufer hat den Schaden nicht verursacht, sondern ein Dritter. Dieser hat aber durch die Beschädigung des Tieres nicht das Eigentum des Käufers, sondern das des Verkäufers verletzt; denn nicht schon durch den Abschluß des Kaufvertrages, sondern erst mit der dinglichen Übergabe des Tieres wird der Käufer Eigentümer. Es kann also nicht der Käufer, sondern der Verkäufer von dem Dritten Schadensersatz verlangen, und zwar hier hauptsächlich auf Grund des § 823 I B.G.B., denn hier handelt es sich um eine direkte Verletzung des Eigentums. Indessen kann sich der Käufer diesen Schadensersatzanspruch gemäß § 398 B.G.B. von dem Verkäufer abtreten lassen. Es ist aber denkbar, daß der Verkäufer sich zur Abtretung weigert, um den Dritten, der ihm näher als der Käufer steht, zu schonen. Hier ist der Verkäufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zur Abtretung verpflichtet. Gemäß § 242 B.G.B. ist der Schuldner gehalten, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, d. h. er muß die Leistung so bewirken, wie er dazu imstande ist. Ist das geleistete Tier, als es sich noch bei ihm befand, von einem Dritten schuldhafter Weise mit einem Nebenmangel versehen worden, und hat er hieraus gegen diesen einen Ersatzanspruch gewonnen, so verlangen die

Grundsätze von Treu und Glauben, daß er dem Käufer auch diesen Anspruch abtrete. Diese Grundsätze greifen selbst dann Platz, wenn kraft positiver Gesetzesbestimmung gesagt ist, daß der Verkäufer einen Mangel nicht zu vertreten habe, wie z. B. im § 482 B.G.B. bezüglich der Nebenmängel; denn das berechtigte Verlangen des Käufers auf Abtretung des Schadensersatzanspruches hat mit dem Gewährschaftsrecht nichts zu tun. Daneben hat der Käufer gegen den Verkäufer, falls dieser von dem Dritten bereits Ersatz des Schadens erhalten hat, außerdem einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung.

III. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens.

Habe ich im Vorhergehenden darzulegen versucht, unter welchen Voraussetzungen der Käufer beim Vorhandensein eines Nebenmangels von einem andern Schadensersatz verlangen kann, so soll im Folgenden kurz dargestellt werden, in welchem Umfang dieser Schaden zu ersetzen ist. Die Vorschriften über die unerlaubte Handlung geben uns hierüber keinen näheren Aufschluß. Dagegen bieten uns die §§ 249 fg. B.G.B. einige allgemeine Bestimmungen. Nach § 249 B.G.B. hat derjenige, welcher zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

Auch hier soll zunächst der Fall betrachtet werden, daß die unerlaubte Handlung des Verkäufers in der arglistigen Täuschung des Verkäufers über einen Nebenmangel besteht. Wie wir oben sahen, kann der Käufer bei einem derartigen Verhalten des Verkäufers den Vertrag gemäß § 123 B.G.B. anfechten, sofern er nachweist, daß er durch die arglistige Täuschung gerade über den beanstandeten

Nebenmangel zum Abschluß des Vertrages veranlaßt worden ist. Er kann den Vertrag anfechten, ist hierzu aber nicht gezwungen. Es erhebt sich die Frage: Steht dem Käufer, auch wenn er beim Vertrage bestehen bleibt, ein Schadensersatzanspruch zu? und dann: Inwieweit ist ihm der Schaden zu ersetzen, falls er anficht oder beim Vertrage verharrt?

Zunächst ist zu beachten, daß ein Schadensersatzanspruch von dem Umstande, daß der Käufer anficht oder nicht, unabhängig ist. Sind die Voraussetzungen der §§ 823, 826 B.G.B. gegeben, so kann der Käufer Schadensersatz verlangen ohne Rücksicht auf eine etwaige Anfechtung.

Bezüglich der zweiten Frage sind zwei Fälle zu unterscheiden:

A) Der Käufer ficht den Vertrag gemäß § 123 B.G.B. an: Hier ist zunächst nach § 142 B.G.B. das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig zu betrachten. Steht nun daneben dem Käufer ein Schadensersatzanspruch auf Grund der §§ 823, 826 B.G.B. zu, so hat der Verkäufer gemäß § 249 B.G.B. den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dann hätte der Käufer den Vertrag garnicht abgeschlossen, vor allen Dingen auch nicht den Kaufpreis gezahlt. Daher ist ihm dieser zunächst, falls seine Zahlung bereits erfolgt ist, auf sein Verlangen zurückzuerstatten. In diesem Falle hat er aber auch dem Verkäufer die von ihm geleistete fehlerhafte Sache, soweit er dazu imstande ist, herauszugeben. Würde er Rückerstattung des Kaufpreises verlangen, dabei sich aber weigern, die gelieferte Sache zurückzugeben, so würde er mehr fordern, als ihm nach § 249 B.G.B. zusteht; denn nach diesem Paragraphen kann er doch nur Ersatz seines Schadens verlangen. [1])

Der Käufer hat aber, falls er anficht, nicht nur den Herausgabeanspruch des bereits Geleisteten, sondern kann

---

[1]) Vergl. auch die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 59, S. 159.

daneben auch sonst verlangen, daß er in jeder Weise so gestellt werde, wie wenn er den Vertrag nicht geschlossen hätte. Inwieweit er Schadensersatz verlangen kann, wird der konkrete Fall ergeben. Im Allgemeinen sind ihm alle Unkosten zu ersetzen, so z. B. die Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung, der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres. Ist der Käufer durch die Leistung des fehlerhaften Tieres gezwungen worden, einen Deckungskauf vorzunehmen, um nicht seinerseits einem Dritten gegenüber in Verzug zu geraten, so sind ihm die hieraus entstehenden Mehrkosten als Schadensersatz zu bezahlen. Möglicherweise ist dem Käufer auch noch dadurch ein Schaden entstanden, daß durch das verseuchte Tier noch anderes Vieh desselben infiziert worden ist. Dieser Schaden ist ihm zu ersetzen, falls er auf ein Verschulden des Verkäufers zurückzuführen ist. Wie wir oben sahen, wird dieses in den weitaus meisten Fällen in Fahrlässigkeit bestehen. Da sich hier der Schaden als eine Beschädigung von Sachen des Käufers darstellt, so kann er gemäß § 249 B.G.B. Beseitigung dieser Beschädigung verlangen. Er braucht sich aber eine direkte Einwirkung des Verkäufers auf seine Sachen nicht gefallen zu lassen; vielmehr kann er gemäß § 249 Abs. II B.G.B. den zur Herstellung erforderlichen Betrag verlangen. Ist eine Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Käufers nicht genügend, so ist ihm überhaupt gemäß § 251 Abs. I B.G.B. eine Geldentschädigung zu gewähren. Daneben hat auch der Ersatzpflichtige gemäß § 251 Abs. II B.G.B. das Recht, seinerseits eine Geldentschädigung zu bieten, wenn eine Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich wäre.

In allen Fällen ist dem Käufer aber, falls er anficht, nur der Schaden zu ersetzen, den er dadurch hatte, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute, also das sogenannte negative Vertragsinteresse. Dagegen braucht

der Verkäufer dem Käufer nicht Ersatz des sogenannten positiven Vertragsinteresses zu gewähren, d. h. des Interesses, welches dieser an der Gültigkeit der Erklärung hatte.[1])

B) Der Verkäufer bleibt bei dem Vertrage bestehen. Es ist möglich, daß das Tier, trotz des Nebenmangels noch einigen Wert für den Käufer hat. Außerdem ist er ja auch in keiner Weise gezwungen, den Vertrag anzufechten, sondern kann selbst bei vollkommener Wertlosigkeit des Tieres beim Vertrage verharren. Auch hier wird der Einzelfall ergeben müssen, inwieweit ihm Ersatz seines Schadens zu gewähren ist. Der Verkäufer muß auch hier gemäß § 249 B.G.B. den Zustand herstellen, der bestehen würde, falls der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, falls sich der Verkäufer durch arglistige Täuschung nicht einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hätte. Eine Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreises kann der Käufer nicht verlangen; denn der Vertrag besteht ja noch, sodaß auch die aus ihm entspringenden Verpflichtungen gültig bleiben. Dagegen ist dem Käufer in allen Fällen der Wertunterschied zwischen dem mit dem Nebenmangel behafteten und einem gesunden Tiere, das er zu kaufen wähnte, zu zahlen. Dieser wird bald größer bald geringer sein, je nach der Erheblichkeit des Fehlers. Hat aber das Tier, objektiv betrachtet, überhaupt keinen Wert für den Käufer, oder ist es gar bereits zu Grunde gegangen, so wird der zu zahlende Wertunterschied gleich dem gezahlten Kaufpreis sein, nicht aber darüber hinausgehen dürfen. Daneben wird der Verkäufer aber auch wie im Falle zu A, die Kosten eines notwendigen Deckungskaufes, einer tierärztlichen Untersuchung u. s. w. zu ersetzen haben. Nicht aber braucht er, falls das Tier für den Käufer noch einigen Wert hat, diesem die Kosten der Fütterung und Verpflegung zu erstatten;

[1]) Vergl. auch die oben bereits zitierte Reichsgerichtsentscheidung Bd. 59, S. 157; ferner Weiß a. a. O. S. 29; Örtmann a. a. O. Bd. I, S. 384.

denn dafür steht ja dem Käufer als Äquivalent das Recht und die Möglichkeit der Ausnutzung der Arbeitskräfte des Tieres zu. Bezüglich der Infizierung anderer Tiere des Käufers gilt ebenfalls das zu A Erörterte. Auch hier kann der Käufer nur Ersatz des negativen Interesses verlangen; denn mangels der Täuschung würde der Käufer den Vertrag, wie Örtmann mit Recht hervorhebt, entweder überhaupt nicht oder zu anderen Bedingungen abgeschlossen haben; „nicht aber ist die Täuschung kausal dafür, daß er das nicht erhält, worauf er sich infolge der Täuschung Hoffnung gemacht hat".[1])

Hat der Verkäufer den Nebenmangel vorsätzlich oder fahrlässig in der Zeit zwischen dem Vertragsschluß und dem Gefahrübergang verschuldet, so liegt der Fall ähnlich wie dort, wo der Käufer bei der arglistigen Täuschung beim Vertrage bestehen bleibt. Es findet daher das zu B Gesagte entsprechende Anwendung.

Hat eine dritte, am Vertrage unbeteiligte Person dem Käufer dadurch einen Schaden zugefügt, daß sie ihn über einen Nebenmangel arglistig täuschte, so muß man unterscheiden, ob der Verkäufer die Täuschung kannte bezw. kennen mußte oder nicht. Im ersten Falle gelangt, falls der Käufer anficht, das zu A, falls er beim Vertrage bestehen bleibt, das zu B Gesagte zur Anwendung. Der Verkäufer und der Dritte haften hier zusammen als Gesamtschuldner gemäß § 421 B.G.B. Im zweiten Falle haftet der Dritte allein, es findet dann bezüglich seiner das zu B Gesagte entsprechende Anwendung.

Hat eine dritte, am Vertrage unbeteiligte Person den Nebenmangel vorsätzlich oder fahrlässig verschuldet — ob vor oder nach Abschluß des Vertrages ist hier gleichgültig — so ist sie, wie wir oben sahen, nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer zum Ersatze des Schadens ver-

---

[1]) Vergl. Örtmann a. a. O. Bd. I S. 383; ferner Weiß a. a. O. S. 24 und die von ihm zitierte Reichsgerichtsentscheidung Bd. 56, S. 47 fg.

pflichtet. Der Verkäufer hat aber dem Käufer nach den Grundsätzen von Treu nnd Glauben den ihm gegen den Dritten zustehenden Ersatzanspruch abzutreten. Immerhin besteht der Schaden in der Beschädigung einer Sache. Mithin hat der Käufer, wenn ihm der Ersatzanspruch abgetreten ist, die Wahl zwischen Herstellung gemäß Absatz I oder Geldentschädigung nach Absatz II des § 249 B.G.B. Daneben ist ihm sein übriger Schaden, allerdings nicht über das negative Vertragsinteresse hinaus, zu ersetzen.

Inhaltsverzeichnis.

Seite.

Vorwort 9

§ 1. Einleitung . . . . . 10—14

§ 2. Kann ein Kauf wegen Irrtums über einen Nebenmangel gemäß § 119 Abs. II B.G.B. angefochten werden? . . . . . 14—41

I. Allgemeines . . . . . 14—16

II. Das Verhältnis des § 119 Abs. II B.G.B. zu den Vorschriften über die Viehgewährschaft 16—28

III. Die Voraussetzungen des § 119 Abs. II B.G.B. 28—36

IV. Die Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II B.G.B. speziell beim Vorhandensein von Nebenmängeln eines Tieres 36—41

§ 3. Kann ein Kauf beim Vorhandensein eines Nebenmangels wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 B.G.B. angefochten werden? . . . . . 41—59

I. Allgemeines . . . . . 41—42

II. Die Voraussetzungen des § 123 Abs. I B.G.B. 42—46

III. Die Voraussetzungen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 I B.G.B. speziell beim Vorhandensein von Nebenmängeln eines Tieres . . . . . 46—54

IV. Der besondere Fall des § 123 Abs. II B.G.B. 54—55

V. Arglistige Täuschung beim Mitwirken eines Vertreters . . . . . 55—59

§ 4. Kann der Käufer beim Vorhandensein eines Nebenmangels Ersatz des ihm hieraus entstehenden Schadens verlangen? . . . . . 60—77

I. Allgemeines . . . . . 60—61

II. Die Voraussetzungen des Schadensersatzes . 61—72

III. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens . 72—77